

2

E n t w u r f
eines
G e s e t z b u c h s

über
das gerichtliche Verfahren
in
bürgerlichen Rechtssachen.

Von
Dr. Nicolaus Thaddäus von Gönner,
Ritter des königl. baier. Civilverdienstordens, Direktor
des Appellationsgerichts und Mitglied der Gesetzkommis-
sion in München.

Zweiter Band, erste Abtheilung.
Motive.

Erlangen, 1815.
bei Johann Jacob Palm.

Erstausgabe

eines

Gesetzes

über

das gerichtliche Verfahren

in

bürgerlichen Rechtssachen.

Von

Dr. Nicolai Thaddäus von Gönner

Präsident des Königl. bayer. Civilsenats, Mitglied
des Appellationsgerichts und Mitglied der Gesetzgebungs-
commission in München.

Zweiter Band, erste Abtheilung.

München

Verlag von
bei Johann Jacob Palm

Vorrede.

Meiner Zusage gemäß folgen hier die Motive. Wenn in unsern Tagen sogar ein Gesetzbuch ohne Erläuterungen seinen Zweck nur unvollkommen erreichte, so darf ein Entwurf noch weniger ohne Motive erscheinen. Oft liegt in der Stellung eines Satzes, oft in einem Worte, oft selbst in dem, was das Gesetz nicht sagt, ein Nachdruck, den nur die Erläuterungen hervorheben können; auch sind sie das Mittel, den Geist und die Absicht eines Gesetzes, den genauen Zusammenhang der einzelnen Bestimmungen und ihren Einfluss auf das Ganze darzulegen. Eben darin ruhet die eigenthümliche Schwere der legislativen Arbeiten, daß sie in gedrängten Resultaten bestehen, und in wenigen Sätzen einen Gegenstand erschöpfen müssen; worüber wir eine Menge von

)(*

Schriften besitzen, und wo jeder Satz einen reichhaltigen Stoff zu wichtigen Abhandlungen liefert. Selbst die Regenten ehren ihre Völker, sie legen ihnen die Gründe des Gesetzes offen vor, um dessen Geist zu enthüllen, die Zweckmässigkeit desselben zu zeigen, und die Achtung für das Gesetz auf Ueberzeugung zu gründen. Die allgemeine Aufmerksamkeit für die französische Legislation entsprang bei weitem mehr aus der Oeffentlichkeit und Vollständigkeit ihrer Discussionen, als aus ihrem inneren Gehalt.

Wie vielmehr bedarf der Entwurf eines Privatmanns der Motive zu seiner Rechtfertigung.

Das Ansehen eines sanktionirten Gesetzbuchs unterdrückt manche Stimme, bei seinem Eintritt in das wirkliche Leben erscheint die gute Seite des Gesetzbuchs in hellem Lichte, eine zweckmässige Bestimmung wiegt die minder Gelungene auf, die Unvollkommenheit aller Menschenwerke entschuldigt die Mängel, welchen der Gesetzgeber nachhelfen kann. Ein solches Glück wird keinem Entwurf eines

Privatmanns zu Theil, denn von allen jenen günstigen Umständen kommt ihm keiner zu statten: ihn schützt kein äusseres Ansehen, wenige bemühen sich in den Geist des Ganzen einzudringen, seine gute Seite tritt im Leben nicht hervor, die Rivalität erwacht, Hunderte mit *Balken* im Auge lärmten über den *Splitter* in des Nächsten Auge, jede zweifelhafte Bestimmung wird hervorgehoben, das Gute verschwiegen, man verlangt überall Vollkommenheit, und tadelt einen Entwurf, den man als Gesetzbuch verehrte.

Darauf kenne ich unsere beste Welt! Mit *dieser* Weltkenntniss gab ich den Entwurf heraus, mit *dieser* Menschenkenntniss schrieb ich gegenwärtige Motive. Von der *Mahlerkunst* sagt man, ihre Werke müßten erst *alt*, ihre Meister *Asche* seyn, um unter den Nachkommen Gerechtigkeit zu finden: beinahe scheint es, die *Gesetzgebung* habe gleiches Schicksal! Sie, von der es im hohen Grade gilt: *Justitia fundamentum regnorum!*

Vorherrschen mußte der legislative Gesichtspunkt, denn bei einem Gesetzbuch-

Vorrede.

che kommt es auf die Frage, was gelten soll, weit mehr an, als was bisher gegolten hat, vorzüglich im Civilprozeße, dessen Zweck erreicht ist, wenn die Rechtshülfe *sicher* und *schnell* ertheilt wird, und wo ein Gesetz, welches die Sicherheit des Rechts mit Beschleunigung der Rechtshülfe in Harmonie bringt, nicht zu fürchten hat, in bestehende Rechte oder Institute einzugreifen. Jedoch habe ich dabei die Doktrin nirgends aus dem Auge verlohren, überhaupt sollten sich Legislation und Doktrin schwesterlich die Hand reichen, die sich bisher oft feindlich trennten, und gewiss hätte der Rechtszustand seine größte Höhe erreicht, wenn beide in Eines verschmolzen wären. Beide müssen lesen im Buch der Geschichte und Erfahrung, aber auch beide das Gelesene würdigen nach dem ewigen und einzigen Kanon der Wahrheit, und die Doktrin, die ein Gesetz auffassen soll in seinem Geiste, darf sich im Gebiete der Legislation nicht zum Fremdling machen, mit der sie die *Wissenschaft* als gemeinschaftliche Quelle hat.

Gesetze alter und neuer Zeit zu vergleichen, hier die Entstehung eines Irr-

thums dort dessen Verbesserung nachzuweisen, überhaupt mit gelehrtem Prunke die Motive auszustatten, wäre mir leicht gewesen. Aber ich liebe den gelehrten Schein nicht, was Gründe nicht vermögen, mag ich dem Kolorit nicht verdanken. Wahrheit, des Rechtsgelehrten höchstes Ziel, erscheint heller im einfachen Gewande als im verbrämten Kleide.

Bei Prüfung meiner Vorschläge bitte ich mehr auf das *Ganze* als auf einzelne Bestimmungen Rücksicht zu nehmen. Ueber das Einzelne läßt sich viel streiten, denn die Ansichten der Menschen über diese oder jene Frage sind und waren von jeher höchst verschieden, wie der Reichthum der juristischen Literatur an Streit-schriften beweiset. Die Harmonie aller Theile, die Uebereinstimmung des Ganzen mit seinem Zwecke, die richtige Durchführung der obersten Grundsätze durch alle Stufen des gerichtlichen Verfahrens, das feste Eingreifen der Bestimmungen in einander, dieses entscheidet zunächst über die Güte eines Gesetzbuchs. Daß ich wenigstens meine Aufgabe kannte, daß ich das Gute redlich wollte, wird die Einlei-

tung beweisen. Wenn dieser Entwurf das Eigenthum sichert, die Prozesse abkürzt, Kredit und Verkehr befestigt, so ist mein schönster Wunsch erfüllt.

Die Motive erhielten eine gröfsere Ausdehnung, als ich glaubte, ungeachtet ich Kürze halber mich in den Materien, welche ich in meinem Handbuch über den bürgerlichen Prozeß ausführlicher bearbeitet habe, hierauf bezog; daher hielt ich es für besser, die Motive in drei Abtheilungen erscheinen zu lassen, welche jedoch nur einen Band ausmachen; der ersten Abtheilung werden die zwei andern ohne Verzug nachfolgen, und das ganze Werk schliessen.

München, im Dezember 1814.

v. Gönner.

Inhalt

des zweiten Bandes erster Abtheilung.

Einleitung.

Erstes Buch. Vom gerichtlichen Verfahren im Allgemeinen.

Kap. I. Vom Gegenstand der gerichtlichen Handlungen.

§. 1. Streitige und unstreitige Rechtssachen.

§. 2. Verbot der Selbsthülfe.

§. 3. Verhältniß der Civilsachen zu den Kriminalsachen.

§. 4. Verhältniß der Rechtssachen gegen einander.

§. 5. Klagenhäufung.

§. 6. Widerklage.

§. 7. Konkurrenz mehrerer Rechtssachen vor Gericht.

Kap. II. Von den Gerichten, dem Gerichtsstand und den Gerichtspersonen.

§. 1. Allgemeine Bestimmungen.

§. 2. I. Von den Gerichten. A) In Civilsachen. 1) Oberappellationsgericht.

§. 3. 2) Appellationsgerichte.

§. 4. 3) Untergerichte.

§. 5. B) In administrativ-kontentiosen Sachen. 1) Staatsrath.

§. 6. u. 7. 2) Zweite Instanz. a) Kreisämter. b) Finanzkammern.

§. 8. u. 9. 3) Erste Instanz. a) Polizeibehörden. b) Rentämter etc.

§. 10. II. Von dem Gerichtsstand. Allgemeine Bestimmungen.

§. 11. A) Allgemeiner Gerichtsstand. 1) Persönlicher.

§. 12. 2) Dinglicher.

§. 13. 3) Privilegirter Gerichtsstand. a) Der Personen des regierenden Hauses.

§. 14. b) Anderer privilegirter Personen.

§. 15. und 16. c) Auswärtiger Gesandten.
d) Eigener Gesandten an auswärtigen Höfen.

§. 17. B) Besondere Gerichtsstände. 1) Des Arrestes.

§. 18. 2) Einer geführten Verwaltung.

§. 19. 3) Des Kontrakts.

§. 20. 4) Des Zusammenhangs der Sachen.

§. 21. 5) Im Fall der Rekusation eines Gerichts oder der verweigten und verzögerten Rechtspflege.

§. 22. 6) Prorogation des Gerichtsstandes.

§. 23. Verhältniß der Gerichte gegen einander.

§. 24. Rechte und Verbindlichkeiten der Gerichte in Ansehung der Partheien.

§. 25. III. Von Gerichtspersonen. Wer Richter seyn könne?

§. 26. Unfähigkeitsgründe der Richteramtspersonen und deren Rekusation.

§. 27. u. 28. Sekretarien und Aktuare, Gerichtsdiener, Kanzleiboten u. d.

§. 29. Notarien.

§. 30. Syndikatsklage.

§. 31. Von Schiedsrichtern.

Kap. III. Von den streitenden Theilen.

§. 1. Wer vor Gericht handeln könne.

§. 2. Legitimation zur Sache.

§. 3. Kläger und Beklagter.

§. 4. 1) Streitgenossenschaft.

§. 5. 2) Namhaftmachung des eigentlichen Beklagten.

§. 6. 3) Streitverkündigung.

§. 7 — 10. 4) Intervention.

§. 11. 5) Adzitation.

§. 12. Rechte und Verbindlichkeiten der
streitenden Theile.

§. 13. Prozesskosten.

§. 14. Sicherheitsmittel, Kautionen.

§. 15. Armenrecht.

Kap. IV. Von den Anwälten und deren Bevollmächtigung.

§. 1. Wer einen Anwalt bestellen kann und
in welchen Sachen.

§. 2. Wer als Anwalt bestellt werden könne.

§. 3. Pflichten der Advokaten.

§. 4. Belohnung und Strafen der Advokaten.

§. 5. Aufsicht über die Advokaten.

§. 6. Prävarikation.

§. 7. Besondere Pflichten der Advokaten
bei Uebernahme eines Prozesses.

§. 8. Rechte der Advokaten.

§. 9. Deservitenbuch.

§. 10. Wirkung der Bevollmächtigung. General- und Spezialvollmacht.

§. 11. Restitution der Parthei gegen Versäumnisse ihres Anwalts.

§. 12. Legitimation des Anwalts.

§. 13. Wenn die Legitimation geschehen müsse.

§. 14. Vermuthete Vollmacht.

§. 15. Wie die Vollmacht erlösche.

Kap. V. Allgemeine Bestimmungen über das gerichtliche Verfahren.

§. 1. Prozessarten.

§. 2. Richterliche Prozessdirektion.

§. 3. Verhandlungen der Partheien.

§. 4. Vollständige Rechtsvertheidigung.

§. 5. Akteneinsicht.

§. 6. Anfang des Streits.

§. 7. Aufforderung zur Klage.

§. 8. Vergleichsversuche.

§. 9. Verbesserungen und Veränderungen des Vorbringens.

- §. 11. Termine, Nothfristen:
- §. 12. Fristverlängerungen.
- §. 13. Restitution gegen verabsäumte Termine.
- §. 14. Termine und deren Erstreckung in Ansehung des Fiskus.
- §. 15. Vom Ungehorsam der Partheien.
- §. 16. Richterliche Verfügungen. a) Ladungen.
- §. 17. Insinuation der Privatladungen.
- §. 18. Ediktalladung.
- §. 19. 2) Urtheile.
- §. 20. Strafen.
- §. 21. Endigung des Streits. a) Durch Verzicht, Kompromiß und Vergleich.
- §. 22. b) Durch Verjährung.

Kap. VI. Von der Form der gerichtlichen Handlungen.

- §. 1. Sprache.
- §. 2. Format und Stempel.

§. 3. Gerichtsakten überhaupt.

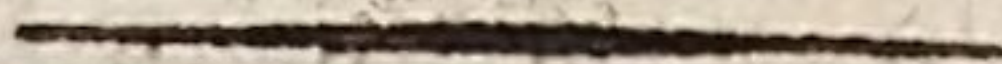
§. 4. Von Prozessschriften.

§. 5. Von Protokollen.

§. 6. Kommunikation der richterlichen Behörden unter einander.

§. 7. Kommunikation der Gerichte an die Partheien.

§. 8. Von Urtheilen und Entscheidungsgründen.



E n t w u r f
eines
G e s e t z b u c h s
über
das gerichtliche Verfahren.

Zweiter Band.

M o t i v e.

E i n l e i t u n g.

Ueber Prozeßslegislation und den Entwurf im Allgemeinen.

§. 1.

Bei dem Entwurf eines Gesetzbuchs ist es weit mehr, als bei doktrineller Behandlung eines positiven Rechts, wo man nur das positiv Gegebene wissenschaftlich verarbeitet, wichtig und schwer, den Gegenstand aus dem richtigen Gesichtspunkt aufzufassen, und in das Wesen der großen Aufgabe ganz einzudringen.

Der für das Prozeßsgesetzbuch bisher allgemein angenommene Namen *Gerichtsordnung* bezeichnet den Gegenstand und die Aufgabe unrichtig, und bringt nachtheilige Folgen hervor, die sich über das Ganze verbreiten. Nichts ist gleichgültig in der Gesetzgebung, für sie gilt der Spruch: in verbis simus faciles nicht, denn eben die Worte sind es, womit man die Sache für die Nation auch in

künftigen Generationen richtig bezeichnen muß, bei ihr verdirbt oft ein falsches Wort die beste Sache.

Wer eine Gerichtsordnung schreibt, dem wird man es nicht zum Vorwurf machen können, wenn er, wie in der Kammergerichtsordnung geschehen, die Rathstage und Rathstunden, selbst die Kleidung (*habitus senatore romano dignus*) und das Betragen des Amtspersonals vom ersten Vorstande an bis zum letzten berittenen und unberittenen Bothen herab, in dieselbe aufnimmt, denn er schreibt ein *Reglement*, und kein Gesetzbuch. Eine blosse Gerichtsordnung könnte wohl dem Volke unbekannt bleiben, wie ihm so manche Amtsinstruktion ohne Schaden fremd ist, aber die Verkündung eines *Gesetzbuchs* über das *Rechtsverhältniß* bei dem *gerichtlichen Verfahren* ist so nothwendig, als die Promulgation des Civilgesetzbuchs.

Längst hätte die Prozeßlegislation nicht blos durch einzelne treffliche Bestimmungen, sondern im Ganzen größere Fortschritte gemacht, längst das Civilgesetzbuch selbst die wahren Grenzen erhalten, längst in vollender Harmonie ein Geist Civilrecht und Civilprozeß beherrscht, wenn man bei diesem mehr

an ein *Gesetzbuch* als an eine *Gerichtsordnung* gedacht, diese unrichtige Bezeichnung vermieden und genauer die Aufgabe der Prozesslegislation erwogen hätte.

Und doch liegt uns der wahre Gesichtspunkt, aus dem sie aufgefaßt werden muß, so nahe! Die Wahrheit steht im ewigen Einklange, und was bei andern Rechtstheilen gilt, muß auch bei dem Civilrecht gelten. Sind die Bestimmungen über das gerichtliche Verfahren in Strafsachen der zweite Theil des Strafgesetzbuchs, so müssen auch die Normen über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen den zweiten Theil des Civilgesetzbuchs bilden. Nur bei dieser Ansicht erhebt sich jeder Rechtstheil zu einem harmonischen und geschlossenen Ganzen.

Dieser Gesichtspunkt stellt eine große Reihe wichtiger Wahrheiten in ein ganz neues Licht: durch ihn sehen wir es ein, warum sich beide so oft zur Unterstützung und Vollständigkeit dienen, warum sich ihre Grenzen oft in den feinsten Linien berühren, warum auch bei dem Prozess so vielen Aussprüchen des ewigen und unabänderlichen Vernunftrechts begegnet: durch ihn überzeugen wir uns, daß

die Bestimmungen über den Prozeß bei weitem nicht so zufällig und willkürlich sind, als man bisher glaubte, daß die Konvenienz auch hier stets dem Rechte untergeordnet werden muß und daß der Prozeßkodex nur dann seinem Zwecke entspricht, wenn er mit dem Civilgesetzbuch gleiche Basis und gleiche Haltung hat.

Ein Rechtsstreit versetzt die Partheien in ein ganz neues Rechtsverhältniß, das selbst wieder neue Rechte und Verbindlichkeiten hinsichtlich der Prozeßführung unter ihnen erzeugt, und wenn die Römer aus der Litiscontestatio eine vertragsähnliche Verbindlichkeit (*quasi ex contractu*) ableiteten, so lag hinter einer scheinbaren Subtilität die große Wahrheit verborgen, daß das Prozeßführen gleich den Verträgen ein eigenes Rechtsinstitut ist, bei dem ganz eigenthümlichen Verhältnisse eintreten, welche eben jener Zweig der Gesetzgebung, das Civilrecht, normiren muß, dessen Gegenstand die bürgerlichen Rechte sind.

Mag auch manches nur als eine Darstellung der *Ordnung* erscheinen, in welcher die Handlungen vor Gericht auf einander folgen; eben diese Ordnung ist nichts anders, als eine Exposition des civilrechtlichen *Prinzips*, Nie-

mand dürfe ungehört verurtheilt werden, angewendet auf die Lage, in welcher bei jeder neuen Handlung sich der Streit befindet, und nur in soweit, als jenes Prinzip unverletzt bleibt, wird dann auf Zweckmäßigkeit und Konvenienz bei der Anwendung und Durchführung Rücksicht genommen.

Als Gesetzbuch über das Rechtsverhältniß in Behandlung bürgerlicher Rechtssachen vor Gericht, und zwar als Theil des Civilgesetzbuchs, nicht als Gerichtsordnung muß der Prozeßkodex aufgefaßt werden. In dieser Idee ist gegenwärtiger Entwurf bearbeitet; von diesem Standpunkte aus muß er beurtheilt werden, wie denn eigentlich der Civilprozeß in doktrineller Rücksicht sich der Vollendung erst seit der Zeit angenähert hat, als Grolman, Martin und Thibaut ihre Bemühungen mit den meinigen dahin vereinigten, den Civilprozeß mehr als Theil des Civilrechts und im Geiste desselben zu bearbeiten.

§. 2.

Theile eines Ganzen berühren sich in vielen Punkten, und je näher sie verwandt sind, desto schwerer ist eine genaue Grenzbestimmung. Daß unsere Doktrin und Legislation solange

aus dem römischen Rechte schöpfte, war der Gesetzgebung sehr schädlich, denn die Römer hatten es schon mit dem Namen *Pandekten* auf eine allgemeine Sammlung aller Rechtstheile angelegt, folglich für eine Grenzbestimmung nichts gethan. In diesen Pandekten wurde *Alles*, selbst *Staatsrecht*, gelehrt, nur das *kanonische* Recht sonderte sich ab, und ein Doctor *utriusque* juris war auch *aller Rechte* Doctor! Nun kam die Periode des *Ausscheidens*, aber eines, durch keine Legislation geregelten Ausscheidens, die Doktrin allein spielte dabei den Meister, und unter den Doktoren gieng es in ein Plünderungssystem über, es entstand ein Lehenrecht, Staatskirchenrecht, teutsches Privatrecht, Handelsrecht, Wechselrecht u. d. kaum vermag man sie aufzuzählen alle die Rechtstheile, welche nicht die Wissenschaft, sondern gewöhnlich die Konvenienz statt dessen, was als Traktat schätzbar wäre, zu Rechtstheilen geformt hatte. Am Ende brauchte man lange juristische Encyklopädien, um das zersplitterte wieder als ein Ganzes darzustellen. Später als andere Theile rifs sich der Prozeß los, denn in den Pandekten lagen alle die Titel *de Judiciis*, *de in jus vocando*, *de probationibus*, *de testibus*, *de appellationibus* u. d. und der Pandektist lehrte sie selbst noch

in der Zeit, als schon der Civilprozeß besonders gelehrt wurde; aber eben in dem Momente, wo sich derselbe getrennt hatte, überschritt er selbst wieder seine Grenzen; er hieng sich an das Wort *Prozeß*, alles, wo also ein Gericht prozedirte, zog er in seinen Kreis, und so kam der *Kriminalprozeß* in die Werke über das gerichtliche Verfahren; man wußte gar nicht, daß das Civilrecht wie das Strafrecht die Bestimmungen über *sein* eigenthümliches Verfahren als seinen zweiten Theil betrachten müsse; soviel kann ein falsches Wort schaden! Zwar zeigen die Kriminalisten das Verfahren bei Strafsachen auch in ihre Sphäre, aber das kümmerte den Prozeßlehrer nichts, denn der Pandektist machte es ja auch so, mit dem Civilverfahren und doch gab es neben diesem einen Prozeß! Erst ich habe die Grenze gezogen und zu meiner grossen Freude haben Grolman und Martin durch ihre schätzbaren Lehrbücher sie noch mehr befestiget, seit dieser Zeit hat der Prozeß das Verfahren in Strafsachen dem Kriminalrechte abgetreten und darüber ist kein Streit mehr.

Aber die Grenzen gegen das *Civilrecht* sind noch nicht genau abgesteckt, wir sind, verdorben von den Römern, zum Theil noch

Neulinge in dieser Kunst. Vom allgemeinen preussischen Landrecht war man zu grossen Hoffnungen berechtigt, allein da es *allgemein* beinahe im Sinne der *Pandekten* seyn sollte, sogar das *Kriminalrecht* in sich faßte, und nur den *Prozess* von jener Allgemeinheit ausschied, und doch in dieser die *Prioritätsordnung* der Gläubiger nebst andern rein civilrechtlichen Materien aufnahm, so hat es, seiner vielen innern Vorzüge ungeachtet, für die Grenzberichtigung nichts geleistet. Der französische Code civil sammt dem Code de procedure civile hat diese Grenzen weit mehr verwirrt, viele rein prozessualische Materien stehen im Code civil z. B. die allgemeine Theorie vom Beweise, manche Bestimmungen die zur Exekution gehören, dagegen findet man die Prioritätsordnung im Code de procedure. Mehr hat das neue österreichische Civilgesetzbuch geleistet, doch manchen Wunsch unbefriediget gelassen.

Es verdient bemerkt zu werden, daß im *Strafrecht* diese Grenze leicht gefunden wird, sie biethet sich dort gleichsam von selbst dar. Giebt man die sonderbare Idee auf, die auch nur wenig Glück machte, die Lehre vom Beweise in Strafsachen von dem Kriminalprozes-

se zu trennen, und wie ein Amphibion zwischen beiden Theilen in die Mitte zu stellen, so kann man die Grenze gar nicht verfehlen. Woher kommt es, daß sie im *Civilrecht* so schwer zu finden ist, und daß besonders die Civilgesetzbücher, auch nicht Eines ausgenommen, eine sehr wesentliche Lücke haben?

Fern von der Anmassung, diesen schweren Gegenstand ganz und über allen Tadel zu erschöpfen, will ich hier einige Beiträge zur genauen Grenzberichtigung liefern.

§. 3.

Da ich voraussetze, daß auch alles Verfahren der Gerichte in unstreitigen Rechtssachen zu dem Gesetzbuch über das bürgerliche Verfahren gehöre, so theile ich meine Bemerkungen ab, je nachdem sie das streitige oder unstreitige Verfahren angehen.

Für *streitige* Rechtssachen gilt der Grundsatz, alle Bestimmungen, über Rechte und Verbindlichkeiten, welche nicht bedingt sind durch einen Rechtsstreit, gehören in das Civilgesetzbuch; dagegen jene Bestimmungen, welche das Rechtsverhältniß bei Rechtsstreitigkeiten betreffen, gehören zu dem Prozeßko-

dex. Ganz ist es nicht zu vermeiden, daß bisweilen in einem Gesetzbuch, der Vollständigkeit oder des Zusammenhangs wegen, ein Satz aus dem andern entlehnt (postulirt) wird, aber dieses hat auf die Wahrheit des Grundsatzes und auf die Richtigkeit seiner Anwendung keinen Einfluß, denn oft fordert dieses sogar die verschiedene Beziehung und Wirkung desselben Satzes. Es läßt sich z. B. rechtfertigen, daß Zeugenschaftsfähigkeit im Civilgesetzbuch als Folge der Rechtsfähigkeit im Civilgesetzbuch bei dem Personalrecht ausgedrückt, und dann die Unfähigkeit der Meineidigen zu einem Zeugnisse unter den Ausnahmen bemerkt wird. Auch der Prozeßkodex muß jenen Satz in sich aufnehmen, dort stehet er in Beziehung auf Rechtsfähigkeit, hier in Beziehung auf Beweis. Selbst der pedantische Kritiker hätte Unrecht, wenn er dieses als eine Grenzverrückung tadelte. Man muß sich in einem oder dem andern kurz oft nur beziehungsweise fassen, und es mag z. B. bei den Personen, welche vor Gericht handeln können, im Prozeßkodex der allgemeine Satz genügen, daß Personen, welche über das Ihrige frei schalten dürfen, fähig sind vor Gericht zu handeln, indem jene Personen das Civilgesetzbuch näher bezeichnet; aber die Sache gehört nach Verschiedenheit

der Gesichtspunkte beiden Gesetzbüchern an. Eben dieses gilt von Unterbrechung der Verjährung oder des redlichen Besitzes durch die Klage. Dieses vorausgesetzt bemerke ich folgendes:

1) Die allgemeine Theorie von Klagen und Einreden würde dem Prozeßkodex angehören, wenn sie einen Gegenstand besonderer legislativer Bestimmungen darböthe, und nicht bloß eine doktrинelle Verarbeitung des Civilrechts unter der Wendung von Klagen und Einreden wäre. Es war mir sehr wichtig, daß der Kassationshof in Paris zu dem Code de procedure civile einen ganz ausgearbeiteten Titre préliminaire (dessen Bekanntmachung wir Sirey *) verdanken) vorschlug, und eben jene Theorie darin eine Stelle fand; Frankreichs Gesetzgeber haben ihn zwar verworfen, weil sein Inhalt bloß doktrинell sey, aber wir Teutsche, die wir viel weniger vor der Doktrин in der Legislation erschrecken, dürfen doch jenem Vorschlag eine Aufmerksamkeit widmen, wenn wir ihn auch aus einer andern Ursache nicht billigen. Dem Professor werde ichs zum Verdienste anrechnen, wenn

*) Recueil général des lois et des arrêts, Jahrgang 1809. Cah. I. Seite 1 — 20.

er bei Erklärung des Prozeßkodex seine Zuhörer mit den Eintheilungen der Klagen und Einreden nach doktrinellen Regeln bekannt macht, aber den Legislator gehen sie nicht an. Seitdem wir die römische Formularjurisprudenz verlassen haben, sind Klagen und Einreden nichts anders als die wirkliche Geltendmachung der vom Civilgesetzbuch anerkannten Rechte vor Gericht, identisch mit diesen Rechten selbst. Dinglich ist die Klage aus einem Realrechte, persönlich aus einer Verbindlichkeit eines verpflichteten Subjekts, hierüber hat die Legislation im Prozeßkodex nichts weiter zu sagen. Schon das römische Recht liefert den Beweis, da es in den Pandekten sehr viele Rechtsmaterien unter der Aufschrift von Klagen (z. B. *de conditionibus, commodati, mandati, depositi, emti, venditi, locati, de pignoratione, tributaria, exercitoria actione, communi dividundo, familiae erciscundae* u. s. w.) und zwar besonders in den Fragmenten so behandelt, daß es die Wirkungen jedes Rechtsgeschäfts in der Wendung vorträgt, was man durch die Klage fodern könne oder nicht, welche es in andern Fragmenten als Wirkungen des Rechtsgeschäfts selbst darstellt.

2) Vergleiche und Verzichte sind zwar eine Art, Streitigkeiten zu endigen, da sie aber

auch ausser einem wirklichen Rechtsstreite vorkommen können, so muß die Vertragseigenschaft als überwiegender Grund gelten, ihnen die Stelle im Civilgesetzbuch anzuweisen.

3) Die Lehre vom Beweise als dem Mittel die Wahrheit vor Gericht herzustellen, sammt den Vermuthungen, gehört ihrem ganzen Umfange nach, nicht blos in Ansehung des Verfahrens bei dem Beweise, in den Prozeßkodex. Nur einige Bestimmungen sind im Civilgesetzbuche einheimisch. Dahin rechne ich a) die Vorschriften über *besondere* Vermuthungen, wo das Civilgesetz für nothwendig findet, entweder eine zweifelhafte Thatsache als juristisch gewiß, es sey ohne Zulassung des Gegenbeweises (*praesumptio juris et de jure*), oder bis zum Beweise des Gegentheils, anzunehmen, oder einer Vermuthung in besonderen Fällen ihre Kraft abzusprechen, ferner b) die Bestimmung jener Geschäfte, in welchen der Beweis nur durch Urkunden hergestellt werden kann, indem dieses im Grunde nichts anders sagt, als daß ein solches Geschäft unwirksam sey, wenn es nicht durch eine Urkunde, oft sogar durch eine gerichtliche, Zustand gebracht wurde.

4) Die Syndikatsklage gegen den Richter, der aus Unredlichkeit oder Fahrlässigkeit eine Parthei im Prozesse verletzt, gehört mehr zum Civilgesetzbuch, denn nicht blos bei dem Richter, auch bei Zeugen, bei Sachverständigen (Tit. Pandect: si mensor falsum modum dixerit) und bei allen Staatsbeamten gilt der Satz, aus welchem sie abgeleitet wird.

5) Die meisten Verbesserungen sind hinsichtlich der Materien nothwendig, welche die *Zahlung* und das Verhältniß eines Schuldners zu seinen *Gläubigern überhaupt*, sodann der *Gläubiger eines Schuldners unter sich* angehen, ich werde davon in einem besondern §. sprechen.

§. 4.

Die Prioritätsordnung unter den Gläubigern im Konkurse hat man allgemein fast ohne Ausnahme *) dem Prozeßkodex überlassen, wo

*) Nur das *baierische Landrecht* v. J. 1616. verdient als Ausnahme hier eine Auszeichnung, da es Seite 65. sagt: „von der Gläubiger
„Vorzug und derselben Freyheiten zu hand-
„len, gehört gleichwol eigentlich nit zu dem
„Gantproceß und desselben Form, sonder
„vil-

wo sie hinter dem Konkursprozesse, oft als Anhang ihren Platz fand; manche Länder haben sie von allen Gesetzbüchern ganz getrennt, und eine eigene Verordnung daraus gebildet. Stünde sie losgerissen und ausser aller natürlichen und wissenschaftlichen Verbindung im Civilgesetzbuch, etwa Anhangsweise, so wäre nicht viel gewonnen, und es lohnte kaum der Mühe darüber zu streiten, welchem Rechtstheile man sie *anhängen* soll. Allein es gilt nicht ihr allein, es gilt noch einer Menge anderer Rechtssätze, es gilt sogar einem eigenen umfassenden Rechtsverhältnisse, welches in den Civilgesetzbüchern ganz fehlt, einer Lücke, welche selbst im Materiellen grosse Nachtheile und Widersprüche zwischen dem Civil- und Prozeßgesetzbuche hervorbrachte. Schon die Römer hätten, des Mangels am System der Pandekten ungeachtet, uns hierüber belehren können; sie behandelten den Vorzug der Gläubiger bei dem Pfandrechte unter dem Titel: *qui potiores in pignore*, weil ursprünglich nur

„vilmehr in die *Landrecht*, alda von eines
„jeden Privat und sonderbaren Recht ge-
„handlet wird.“ Wenigstens hat es die
Wahrheit eingesehen und einbekannt, wenn
es sie auch nicht befolgte.

die Pfandgläubiger ein Vorzugsrecht hatten, die Datio in solutum stand bei der Zahlung, selbst die bekannte paulianische Klage hatte eine passendere Stelle. Diesen Faden haben wir verloren, dem Civilgesetzbuch mangelt der Schlussstein, und theoretische Mißgriffe werden auch praktisch nachtheilig.

Mit dem Civilgesetzbuch in der Hand, welches klar sagt, der Schuldner müsse gerade das, was er schuldig ist, zur bedungenen Zeit und zwar ganz bezahlen, komme ich zu Gericht, um diese Rechte geltend zu machen, und der Richter sagt mir mit dem Prozeßkodex in der Hand, der Schuldner könne mir eine Sache an Zahlungsstatt aufdringen, ein Moratorium schütze ihn gegen die ganze Klage, ich müßte mir Fristenzahlungen gefallen lassen, in Folge eines Nachlaßvertrages der übrigen Gläubiger einen Theil meiner Forderung auch gegen meinen Willen aufgeben, wegen Konkurrenz anderer Gläubiger in der Vollstreckung zurückstehen; oder wohl gar bei der Insuffizienz des Vermögens und dem Daseyn bevorzugter Gläubiger meine ganze Forderung verlieren. Welche Widersprüche zwischen beiden Gesetzbüchern, wenn jenes seine Aussprüche ohne alle Ausnahme hinstellt, und

dieses Aussprüche thut, welche jenes mehr als die Hälfte vernichtet! Sind diese Bestimmungen nicht offenbar Limitationen der über Erfüllung der Verbindlichkeiten geltenden Regeln, steht die Limitation nicht in einem nothwendigen Zusammenhang mit der Regel, und gehören nicht beide in ein und dasselbe Gesetzbuch?

Solange die Civilgesetzbücher das Kapitel: "*vom Verhältniss eines Schuldners zu seinen Gläubigern überhaupt und der Gläubiger eines Schuldners unter sich*" nicht gesondert und vollständig enthalten, solange mangelt es dem Civilgesetzbuche am Schlussstein, beiden Gesetzbüchern an Harmonie und an richtigen Grenzen.

Jeder ist schuldig, alle seine Gläubiger zur bestimmten Zeit ganz zu befriedigen, und das gesammte Vermögen eines Menschen ist das Unterpfand (nicht Hypothek) für alle seine Gläubiger, und eben so ist jeder Gläubiger diese Befriedigung zu verlangen berechtigt. Dieser unstreitig civilrechtliche Satz ist die Basis des ganzen Kapitels, wenn man mit dem Hauptsatze die untergeordneten Sätze, mit jeder Regel ihre Limitationen verbindet, er bezeichnet

zugleich scharf die Grenze zwischen Civil- und Prozeßkodex.

Bei allen früheren Kapiteln des Civilgesetzbuchs werden die Rechtsverhältnisse aus *einzelnen* Rechtsgeschäften behandelt, selbst bei dem Kapitel von *Zahlung* als Erfüllung der Verbindlichkeit wird jede Verbindlichkeit als einzelne gedacht, und in dieser Beziehung bestimmt, was bei der Zahlung Recht ist. Nun steht aber jeder Mensch in Ansehung seines *gesamten* Vermögens, die wir bei Erbschaften als eine Universitas juris anerkennen, also auch bei dessen Leben als solche erkennen müssen, in einem *besonderen* Verhältnisse zu der *Gesamtheit* seiner *Gläubiger* ohne Unterschied des Grundes ihrer Forderung. Solange jede Forderung, wie sie aus einzelnen Rechtsgeschäften entstand, auch einzeln erfüllt werden kann, tritt jenes Verhältniß nicht hervor, aber die kleinste Kollision bringt es an das Licht, keineswegs bloß bei Konkursen oder bei der gerichtlichen Exekution, sondern in rein civilrechtlicher Beziehung. Oft werden dadurch Personen, welche bisher in gar keinem Verhältnisse gegen einander sich befanden, auf einmal in ein ganz neues Rechtsverhältniß unter sich als Folge jener Universitas juris ver-

setzt, welche die Gesammtheit der Gläubiger sowohl als des Vermögens in sich faßt. Die Rechtswohlthat der Kompetenz kommt sogar ausser dem Fall eines Konkurses vor, und ist eine auch ausser der gerichtlichen Vollstreckung wirksame civilrechtliche Bestimmung, daß gewisse Personen oder jede Person unter gewissen Umständen ihre Verbindlichkeiten nicht weiter, als mit Vorbehalt ihres Lebensunterhalts zu erfüllen schuldig ist. Daß die Erbschaftsgläubiger berechtigt sind, ohne Rücksicht auf die Gläubiger des Erben ihre Befriedigung aus der Erbschaft zu fordern, ist ein civilrechtlicher Satz, der auch ausser dem Konkurse und der Exekution wirkt. Das Vorzugsrecht unter den Gläubigern äussert auch ausser dem Konkurse rechtliche Wirkungen. Wer wollte noch die civilrechtliche Haltung dieser Gegenstände, ihren Anspruch auf einen Platz im Civilgesetzbuche, ihren engen Zusammenhang, und was wohl das wichtigste ist, die Eigenthümlichkeiten jenes civilrechtlichen Verhältnisses kennen, auf dem sie insgesamt als Theile und Folgen ruhen?

In dieser Ansicht wurde jenes Kapitel bearbeitet und es zeigt sich, daß 1) die Rechtswohlthat der Kompetenz, als Beschränkung

der Regel, das ganze Vermögen sey das Unterpfand der Gläubiger: 2) daß Moratorien, Gebung an Zahlungsstatt und Fristeintheilung, als Limitationen der Regel, der Schuldner müsse seine Gläubiger zur bestimmten Zeit ganz befriedigen: 3) daß die paulianische Klage als Folge des Grundsatzes, das ganze Vermögen sey das Unterpfand der Gläubiger: 4) daß die Absonderung besonderer Vermögenstheile zum Vortheil besonderer Gläubiger, die Basis des Partikularkonkurses, als eine Beschränkung jenes Satzes: 5) daß endlich die Regulirung des Vorzugs unter den Gläubigern als eine rein civilrechtliche Bestimmung dem Civilgesetzbuch angehöre, und daß alle diese Gegenstände nicht nur im engsten Zusammenhange stehen, sondern auch in dieser Tendenz, aus dem Standpunkt dieses eigenthümlichen Rechtsverhältnisses und in diesem Zusammenhang den Schlussstein des Civilgesetzbuchs ausmachen, den man an allen bisherigen Civilgesetzbüchern vermißt.

Ich mußte mich hierüber umständlicher erklären, theils um die im gegenwärtigen Entwurf eingehaltene Grenze zu rechtfertigen, theils um jene Regierungen, welche den Entwurf annehmen wollen, auf die nöthige Nachhülfe im Civilgesetzbuch aufmerksam zu ma-

chen. Ohnehin bin ich entschlossen, wenn es mir Zeit und Umstände erlauben, in einem eigenen Werke motivirte Gesetzentwürfe über mehrere Gegenstände des Civilrechts herauszugeben, unter welchen dann jener Schlussstein des Civilgesetzbuchs einen bedeutenden Platz einnehmen wird.

§. 5.

Für *unstreitige* Rechtssachen wird die Grenze bezeichnet durch den Grundsatz: was zur Wesenheit eines Rechtsgeschäfts, zu seiner Gültigkeit und zu seinem Inhalt gehört, muß im Civilgesetzbuch bestimmt werden, nur das Verfahren bei gerichtlicher Behandlung eines solchen Rechtsgeschäfts ist Gegenstand der Prozeßlegislation. Die Formalitäten solcher gerichtlichen Handlungen überhaupt, z. B. eines Protokolls, und die zur Gültigkeit dessen erforderliche Anwesenheit des Richters und Aktuars haben im Prozeßkodex ihre Stelle, aber ob zur Formalität eines gerichtlichen Testaments die Aufnahme eines Protokolls gehöre, oder nicht, ist Sache des Civilgesetzbuchs. Was bei Eintragung in die Geburts-Heiraths- und Sterbmatrikel aufgezeichnet werden muß, bestimmt das Civilgesetzbuch, wie dabei verfahren wird, der Prozeßkodex. Dafs zur Er-

werbung einer Hypothek, im Gegensatz einer bloß provisorischen Sicherstellung durch Vormerkung, die ausdrückliche oder wegen unterlassenen Widerspruchs vom Gesetze gleichgeachtete stillschweigende Einwilligung des Schuldners erfordert werde, ist im Civilgesetzbuche zu bestimmen, was sich bloß auf das dabei zu beobachtende Verfahren bezieht, bleibt dem Prozeßkodex überlassen. Oft wird hier Vollständigkeit und Vorbeugung gegen Zweifel, eine Wiederholung mancher Bestimmungen in beiden Gesetzbüchern anrathen oder veranlassen; wenn man aber nur nicht auffallend jene Grenze verletzt, so darf man sich bei dem Gedanken beruhigen, daß das System der Schule den höheren Zwecken der Legislation und der Brauchbarkeit der Gesetzbücher fürs Leben durch keinen kategorischen Imperativ keine Fesseln anlege, und daß den Gesetzgeber sein hoher Beruf über solche kleinliche Schulpedantereien erhebe.

§. 6.

Auch das *öffentliche* Recht berührt das Civilgesetzbuch in manchen Punkten, besonders bei den Gerichten und Rechtsmitteln. Nirgends war dies fühlbarer, als im vormaligen teutschen Staatsrecht, wo nicht bloß das In-

stanzenverhältniß, sondern sogar die Existenz, Besetzung, Verfassung und Unterhaltung der beiden Reichsgerichte in vielfacher Beziehung mehr zum Staatsrecht als zum eigentlichen Reichsgerichtsprozesse gehörten. Für souveraine teutsche Staaten sind jene Beschwerden in richtiger Begrenzung verschwunden, und ich konnte mich bei dem Gerichtsorganismus auf die Bestimmung einschränken, daß drei Instanzen bleiben, und wie viele Mitglieder in der höheren Instanz bei Entscheidung einer Civilsache anwesend seyn sollen. Das letzte ist nothwendig, damit der Bürger Vertrauen habe auf die Justiz, das erste entspricht dem Genius der teutschen Nation, die seit vielen Jahrhunderten daran gewöhnt ist, auch hat die Anordnung einer dritten Instanz, wenn man sie mit Kleinigkeiten verschont, und nur den wichtigen Sachen aufspart, viele wesentliche Vorzüge für die Justizpflege. Hat man doch in Frankreich, eben weil man die Gerichte zweiter Instanz als *cours souveraines* einsetzte, noch ein oberes Gericht, den Kassationshof, eingesetzt, der, ungeachtet mancher Vorzüge des Instituts, den größeren Nachtheil in seiner Anlage hat, daß er das Urtheil nur kassiren, aber in der Sache nicht weiter selbst sprechen darf, sondern die Entscheidung einer

andern cour souveraine übertragen muß, welche aber gerade so, wie das kassirte Urtheil lautet, abermal zu erkennen befugt ist, und dann, daß eben darum, weil er nur Urtheile gegen das Jus in thesi, im Gegensatz der falschen Anwendung oder des juris in hypothesi, kassiren kann, der fatale Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nullitäten, oder zwischen sententia nulla et iniqua aus dem Grabe hervorgezogen wird, das ihn ewig hätte bedecken sollen. Auch ist man in Frankreich noch heute nicht mit der Sache für den Fall im Reinen, wenn der Kassation ungeachtet die Appellationsgerichte auf der vorigen Entscheidung beharren.

§. 7.

Von andern staatsrechtlichen Verhältnissen, namentlich vom Oberaufsichtsrechte des Regenten über die Gerichte, und von der Regentengewalt in Justizsachen enthält der Entwurf nichts. Mit dem Umsturz der teutschen Reichsverfassung sind die positiven Grenzen jener Gewalt verschwunden, nur die Grundsätze des rationellen Staatsrechts gelten dafür in souverainen Staaten, und es wäre eine ebenso überflüssige als fruchtlose Arbeit, diese in einem Gesetzbuche für die Unterthanen auszu-

sprechen. Andere Anordnungen zur Kontrolle über die Thätigkeit der Gerichte und zur Beförderung des Justizgangs sind reglementaire, daher ausser den Grenzen eines Gesetzbuchs.

Unter den Instituten zur Sicherung des Geistes des Gesetzes und der guten Justizpflege nimmt freilich die in Frankreich schon aus der alten königlichen Regierung bekannte, und ihrer Vorzüge wegen unter allen Stürmen der Revolution beibehaltene Staatsprokuratur (anfangs Procureur du Roi, nachher Commissaire du Gouvernement, dann Procureur général, hernach Procureur impérial genannt) die erste Stelle ein. Auch würde sie einen nicht beträchtlichen Aufwand verursachen, der noch überdies halb durch Ersparniß der Korreferenten (allenfalls im Durchschnitt eines Rathes bei jedem Kollegium) sich bedeutend minderte. Doch dem erschöpften Teutschland darf man jetzt Vorschläge nicht machen, welche einen, wenn gleich minder beträchtlichen Aufwand verursachen. In dem oben bemerkten Werke werde ich mich darüber umständlicher erklären, und ungern vermisse ich im Justizorganismus dieses für Legislation und Justizpflege gleich wichtige Institut. Aber eine Seite muß ich berühren, welche verdient, von Regierungen beachtet und regulirt zu werden.

Wenn auch in teutschen Staaten durch öffentliche Sammlung und Bekanntmachung aller wichtigeren Urtheile die Jurisprudence niemals jenen hohen Einfluß auf Legislation und Doktrin erhält, den sie in Frankreich mit Recht behauptet, wenn auch wir Teutsche es lange nicht begreifen werden, daß Jurisprudence und Doktrin die Wurzeln sind, welche dem Baume der Gesetzgebung Festigkeit und Nahrung geben, so bleibt doch der Satz ewig wahr, das Gesetz bedarf einer Jurisprudence, eines gleichförmigen Systemes seiner Anwendung, und der Gesetzgeber muß darüber wachen. Im Mangel der Staatsprokurator als des beständigen Wächters muß eine andere Anordnung getroffen werden, um die Jurisprudence, bei uns *Präjudizien* genannt, unter steter Aufsicht der Regierung zu halten. Neben einer offiziellen Sammlung aller wichtigen obergerichtlichen Urtheile mit Entscheidungsgründen, die sich durch den Druck von selbst bezahlt, und zugleich die Urtheile einer stets vortheilhaften doktrinellen Kritik aussetzte, könnten die Gerichte unter sich selbst durch ein sehr einfaches Mittel kontrollirt werden.

Nichts bringt traurigere Folgen hervor, als verschiedene Rechtsmeinungen der Ober-

und Untergerichte. Ungewissheit des Rechts und eine Animosität oder Hartnäckigkeit der Gerichte gegen einander sind ihre Früchte. Ein Obergericht spricht in einem reformatorischen Erkenntnis einen Satz aus, den das Untergericht nicht für Recht hält; dieses sagt, Präjudizien binden Uns nicht, wir erkennen also forthin nach unserer Ueberzeugung, und das Obergericht reformirt fortan nach seiner Ueberzeugung. Man mag es bei dieser Reibung lassen, oder dem Untergerichte Nachgiebigkeit aufliegen, immer entsteht ein Uebel; dort werden die Partheien das Opfer, und die Prozesse vermehrt: hier steht das Gesetz selbst und dessen reiner Geist auf dem Spiele, denn nicht immer ist die Meinung des Obergerichts auch die richtige; hier muß also im Mangel der Staatsprokuratur ein anderes Mittel aufgesucht werden.

Das einfachste dürfte seyn, wenn man den Gerichten erster und zweiter Instanz nicht nur erlaubte, sondern sogar zur Pflicht machte, jene Fälle, wo sie an der Gesetzmässigkeit des einem obergerichtlichen Erkenntnis unterlegten Satzes gegründete Zweifel hegen, jedoch bloß im Interesse des Gesetzes und unabhängig vom Rechte der streitenden Theile

dem Justizministerium anzuzeigen, und wenn man ebenso den Obergerichten auftrüge, in jenen Fällen, wo sie ungeachtet eines reformatorischen Erkenntnisses bei den Gerichten erster oder zweiter Instanz ein Beharren auf dem reformirten Satze wahrnehmen, nach entschiedener Sache, niemals vor der Entscheidung Bericht an das Justizministerium zu erstatten, welches dann die Anfrage nach gründlicher Erwägung im Interesse des Gesetzes zu erledigen hätte. Diese Anordnung könnte als Ersatz der Staatsprokuratur gelten, und uns dafür wenigstens in Rücksicht auf das Gesetz entschädigen.

§. 8.

Ueber die Haupteigenschaften eines guten Prozeßkodex hat der verehrungswürdige Herr von Zeiller, der an den herrlichen legislativen Produkten in Oesterreich den größten Antheil hat, soviel treffende Bemerkungen*) gemacht, daß mir wenig übrig bleibt.

Das erste Erforderniß ist nun freilich die allgemeine Eigenschaft eines guten Gesetzbuchs;

*) Jährlicher Beitrag zur Gesetzkunde u. Rechtswissenschaft in den österreichischen Erbstaaten, Band III. Seite 133. ff.

darüber gehen viele so gleichgültig hinweg, vielleicht ohne noch bedacht zu haben, welche Aufgabe ein Gesetzbuch sey, es mögen daher hier einige Bemerkungen am rechten Orte stehen. Ein Gesetzbuch gehört als *Gesetz* der *Legislation*, als ein *Buch* der *Doktrin*, als *Gesetzbuch* der *Nation* an: welche unermessene Forderungen hat man bei einem Gesetzbuch zu erfüllen! Der blosse Praktiker wird wohl ein gutes *Gesetz*, nie aber ein gutes *Gesetzbuch* zustand bringen, denn die Form des Buchs liegt im Gebiete der Doktrin, und setzt doktrinelle Bildung und Uebung voraus. Der blosse Theoretiker wird ein gutes *Buch*, aber kein gutes *Gesetzbuch* machen; die Schulform, die Spekulation, welche nicht fürs wirkliche Leben paßt, hat ihn verdorben. Oft hat eine einzige *schulgerechte* Eintheilung und Anordnung der Materien unheilbaren Schaden am Gesetzbuch hervorgebracht, öfters das mit scheinbarer logischen Konsequenz aufgestellte neue System bei der Anwendung im Leben Folgen herbeigeführt, vor denen der gesunde Menschenverstand zurückschaudert, so mancher bewunderte Gelehrte hat durch legislative Produkte seinen Ruhm überlebt. Der *junge Rath* bei Möser glaubt, Gesetze aus dem Stegreife machen zu können, der ängstige Arbeiter fin-

det überall Anstände und verirrt sich eben
deshwegen im Walde, weil er jedem Strauche
ausweichen will, der eine liebt Modifikationen,
der andere hängt fest an Grundsätzen, man-
cher ist ein Freund von Beispielen, der ande-
re wünscht einen Reichthum von konsekuti-
ven Sätzen, oft ist sogar das ewige Streben
nach Vollkommenheit der Feind des Guten!
Wahrhaft, zum Fache der Legislation gehört
viel mehr, als zum Geschäftsmann oder Ge-
lehrten: Selbstverläugnung, Verzicht auf Ei-
genliebe, auf vorgefasste Meinungen und auf
Originalität, Festigkeit, wo es Wahrheit und
Recht fordert, verbunden mit Nachgiebigkeit,
um nicht durch allzuscharf abschneidende Be-
stimmungen im Leben anzustossen, Muth und
Umsicht ohne Aengstigkeit, Beharrlichkeit bei
einer schweren anstrengenden Arbeit, über-
haupt ein Karakter, wie ihn wenige Menschen
begreifen, ist die Vorbedingung. Eigene Gei-
stesanlagen, insbesondere eine rege und gere-
gelte Einbildungskraft, die nicht auf Extreme
verfällt, und nach diesen die Gesetzesvorschläge
abmisst, eine grosse Kombinationsgabe, und ei-
ne klare ungekünstelte Darstellung gehören zu
diesem Berufe. Viele, nicht blos juristische,
sondern auch merkantilische, staats- und land-
wirthschaftliche Kenntnisse, Geschichtskunde
und

und Literatur, verbunden mit vielseitiger Erfahrung muß derjenige besitzen, der mit Ge-
deihen in der Legislation arbeiten will. Bei
einem Gesetzbuch über das gerichtliche Verfah-
ren in bürgerlichen Rechtssachen ist dieses bei-
nahe in höherem Grade nothwendig, denn es
ist der Garant des bürgerlichen Verkehrs und
des ganzen Kredits im Staate, wo jeder Miß-
griff den häuslichen Wohlstand und den beleb-
ten Handel zerstören kann, und wo man
nicht so, wie bei vielen Gegenständen des Ci-
vilgesetzbuchs, dem Schaden vorzubeugen die
Mittel hat.

Einer mißlungenen gesetzlichen Erbfolge-
ordnung kann man entgehen durch letztwilli-
ge Verfügungen, gegen unzweckmässige Be-
stimmungen über Verträge sich schützen durch
besondere ausdrückliche Verabredung, der Wach-
same auf mannichfaltige Weise seine Rechte si-
cher stellen; aber bei der Rechtshülfe vor Ge-
richt muß der Bürger alles vom Gesetze erwar-
ten, durch Verabredungen oder Kautelen kann
er wenig oder gar nicht nachhelfen. Selbst
die Anordnung der Materien muß weniger
künstlich, die Sprache und Darstellung mehr
populär seyn, damit sich der gebildete aber
nicht schulmässig unterrichtete Bürger daraus

selbst nothdürftig belehren und kleinere nicht verworrene Rechtssachen, z. B. die im gemeinen Leben so frequenten Schuldsachen selbst führen kann, ohne mit grossen Kosten der Hülfe eines Advokaten zu bedürfen.

§. 9.

Unter den besonderen Erfordernissen zeichnet sich zuerst die *Gerechtigkeit des Verfahrens* aus. Als Theil der Civillegislation (§. 1.) muß der Prozeßkodex im Ganzen und in seinen einzelnen Bestimmungen sich genau an die ewigen Aussprüche des Rechts halten, und niemals darf eine oft nur eingebildete Konvenienz über die Forderung des Rechts siegen.

1) Damit von beiden Partheien jeder dasjenige Recht zugetheilt werde, was ihr *gebührt* und was sie zu erhalten *verlangt*, gewährt der Staat in bürgerlichen Rechtssachen den Schutz durch die Gerichte, welche aber in Privatrechten, worauf der Betheiligte nach Belieben verzichten kann, nicht so wie in Strafsachen als amtliche Beschützer erscheinen, sondern den Schutz nur insoweit gewähren, als er den Gesetzen gemäß von dem Betheiligten *wirklich verlangt* wird. Der Satz, *wo kein Kläger ist, ist kein Richter*, gilt daher nicht

blos für den Anfang des Streits, sondern er muß durch den ganzen Lauf des Civilverfahrens eingehalten werden. Delswegen beruhet dieser Entwurf auf dem Grundsatz der *Verhandlung* (Buch I. Kap. V. §. 3.), nicht auf dem Grundsatz der Inquisition, ohne jedoch die Funktion des Richters über die Gebühr in jenen Punkten einzuschränken, welche als Objekte der Reflexion einzig seinem Amte angehören, oder wo eine Erweiterung der richterlichen Thätigkeit bei der Prozessdirektion, ohne jenen Grundsatz zu verletzen (Buch I. Kap. V. §. 2.) nothwendig war.

2) Eben diese Gerechtigkeit gebietet, überall den Grundsatz: *Niemand darf ungehört verurtheilt werden*, nicht blos für die erste Einleitung durch Vorladung des Beklagten, sondern vielmehr für das ganze Verfahren in allen Theilen einzuhalten. Gleichgültiger ist die Art und Weise, wie dies geschieht, ob in Form einer Mittheilung oder durch verstattete Einsicht, ob mit oder ohne Auflage einer Antwort, aber daß es geschehe, ist unbedingte Forderung der Gerechtigkeit, welche der Entwurf allgemein (Buch I. Kap. V. §. 4.) anerkennt, und bei allen einzelnen Bestimmungen befolgt:

3) *Vollständige Rechtsvertheidigung für beide Partheien* ist eine weitere Forderung der Gerechtigkeit, zwar nicht in dem Sinne, als ob des Streitens kein Ende werden sollte, solange noch Einer etwas zu seiner Vertheidigung anführen will, vielmehr muß das Gesetz diese Vertheidigung auf *Zahl* und *Zeit* beschränken, da sonst kein Recht in der Wirklichkeit gälte, aber doch in dem zweifachen Sinne, erstens daß das Gesetz jene Zahl und Zeit so bestimmt, daß in derselben die Rechtsvertheidigung von beiden Seiten vollständig seyn könne, zweitens daß der Richter vor dieser Zeit kein unreifes Urtheil fällen darf.

4) *Angemessene Rechtshülfe* ist eine gleich starke Forderung der Gerechtigkeit. In der Regel ist die Herstellung eines *peremptorischen* Rechtszustands der Zweck eines Rechtsstreits, und die Zulassung aller Vertheidigungsgründe und Beweismittel, so wie der natürliche Gang von Verhandlungen zum Urtheil und von diesem zur Vollstreckung dessen Folge. Eben diese Tendenz fordert einen bedächtlichen Gang und solche abgemessene Formen, daß alles mit Bestimmtheit, Zuverlässigkeit, Vollständigkeit und Kontrolle zu den Akten komme. Das Gesetz muß also zuerst diese Regel auf-

fassen; sie bildet (Buch II.) den *ordentlichen* Prozeß. Allein jene Regel allein erschöpft die Forderungen der Gerechtigkeit nicht, die uns Ausnahmen zeigt, wo eine *ausserordentliche Rechtshülfe* zum wirklichen Rechte nothwendig ist, wo die Sicherheit des Rechts oder ein eigenthümlicher lebhafter Verkehr es gebietet, auf schnellerem Wege irgend einen provisorischen Zustand unter den Partheien herzustellen, oder wo jener bedächtliche Gang des ordentlichen Verfahrens als zweckwidrig erscheint. Auch die *summarischen Prozesse* (Buch III.) müssen genau bestimmt werden, doch mit kluger Sparsamkeit, damit nicht die Regel in den Ausnahmen untergeht.

5) Sicherheit des Rechts fordert Hülfe auch gegen jene Verletzungen, welche den Partheien vom Richter zugefügt werden können, *Rechtsmittel* durch Anordnung *höherer Instanzen* sind eine gleiche Forderung der Gerechtigkeit. Wer möchte das Recht für gesichert halten, wenn es vom Ausspruch eines einzigen Gerichtes abhänge? Aber auch das *Gute* artet durch Uebertreibung in *Uebel* aus, sie müssen so geordnet werden, daß sie der Chikane keinen Spielraum lassen, und nicht weiter reichen, als es jener Zweck fordert.

Daher die Eintheilung der Rechtsmittel (Buch IV. Kap. I. bis IV.) in ordentliche und ausserordentliche und deren Beschränkungen, worüber am gehörigen Orte das Nähere vorkommt.

6) Mit dem Rechtsausspruch allein ist das Recht selbst noch nicht hergestellt, auch die *Vollstreckung* (Buch IV. Kap. V.) liegt in den Forderungen der Gerechtigkeit. *Ernst und Strenge* muß darin vorherrschen, nichts ist rechtswidriger als ein neuer Prozeß in der Exekution, und der Gläubiger, der ohnehin Zeit verlohrt, ehe ers zur Klage brachte, der warten mußte bis zum Ausgang des Streits, verdient gewiß vor dem Schuldner, der noch überdies Unrecht hat, den Schutz des Gesetzes. Was mit dem Rechte des Gläubigers bestehen kann, mag zur Schonung des Schuldners geschehen, der sonst oft mit seiner Familie das Opfer einer unnöthigen Härte des Gläubigers würde, aber niemals darf das Gesetz diese Schonung auf Kosten des Gläubigers begünstigen, denn hier geht Milde in Ungerechtigkeit über. Nachsichtsvolle Exekutionsgesetze haben von jeher liederliche Schuldner, viele Konkurse und den Verfall des Kredits hervorgebracht, und wer die Strenge daran tadelt, der kennt weder die Gesetzgebung noch die Welt!

§. 10.

Das zweite Erforderniß ist *Beförderung des Ausgangs der Rechtsstreitigkeiten*, solange es ohne *Uebereilung* geschehen kann; selbst mit den Forderungen der Gerechtigkeit hängt dasselbe innig zusammen, denn die Partei, welche zum ungestörten Besitz und Genuß berechtigt ist, fordert mit gleichem Rechte, daß ihr derselbe unverzüglich verschafft werde. Der Kredit im Staate hängt davon ab, und sie ist sogar das einzig zuverlässige Mittel, Prozesse zu vermindern, denn die Hoffnung, den Streit in die Länge zu ziehen, erzeugt die meisten muthwilligen Prozesse. Nicht bei dem Urtheil soll man den Richter zu stark übereilen, dieses fordert oft längere Ueberlegung, und gute Iustiz ist besser als eine übereilte; was hilft es auch, den Richter bei dem Urtheil um Wochen zu drängen, wenn der Advokat durch Fristgesuche die Sache um Monate, oft Jahre verzögern kann. Im Laufe der Verhandlungen, da ist der Sitz des Uebels, da muß der Verewigung der Prozesse vorgebeugt werden, ohne diese Hülfe fruchtet die andere Maasregel nichts. Die Mittel, welche der Entwurf enthält, bestehen vorzüglich darin:

1) in dem Gebote, mehrere zusammenhängende oder auseinander folgende Punkte

zugleich zu verhandeln und zu entscheiden (Buch I. Kap. I. §. 4.), denn welcher Nachtheil entsteht, wenn aus einem Prozesse ein zweiter entspringt? Bei dem Streite über das Recht (an) kann doch wohl auch dessen Betrag (quantum) zugleich hergestellt werden!

2) in Verbannung aller sogenannten dilatorischen Ladungen, und in Einschränkung der Fristverlängerungen. Mit den letzten trieb man bisher ein wahres Unwesen und die Justiz ward zum Gelächter. Eine Parthei war im Exekutivprozesse zur Anerkennung der Urkunde vorgeladen, sie verreiste oder machte sich krank, und suchte Verlängerung des Termines, und erhielt sie, ungeachtet sie die Urkunde schriftlich oder durch einen Anwalt anerkennen oder ableugnen konnte. Jetzt erst benannte sie einen Bevollmächtigten, der Akteneinsicht verlangte, damit die Sache in die Länge gezogen werde. Nun mußte dieser Anwalt bald am Tage der neuen Tagsfarth verreisen, bald war er sonst verhindert, und so war im *Exekutivprozesse* auch nach *neun Monaten* die Tagsfarth zur Anerkennung der Urkunde nicht abgehalten! Das Gericht konnte nicht helfen, das Gesetz allein vermag es, solchem Unwesen zu steuern. Daher die Bestim-

mungen im Buch I. Kap. V. §. 11. und 12., welche unter gewissen, im Staatsorganismus liegenden, Modifikationen auch auf den Fiskus anwendbar wurden.

3) in Verbindung der Beweisantrittung mit den Verhandlungen (Buch II. Kap. I. §. 2.) wodurch, wie ich am gehörigen Orte zeige, nicht bloß an der Zahl der Verhandlungen und an Zeit, sondern besonders durch Beseitigung von überflüssigen Urtheilen und Appellationen ausserordentlich viel für Iustizbeförderung gewonnen ist. Die Gesetze von Preussen und Oesterreich bewähren die Zweckmässigkeit dieser Verbindung auch durch die Erfahrung.

Dies sind nur die allgemeinen Beförderungsmittel. Was für diesen Zweck sonst noch besonders in Ansehung des Wechsel-Exekutiv- und Konkursprozesses in Vorschlag gebracht ist, wird dem Kenner bei Durchgehung des Entwurfs ohnehin auffallen.

§. 11.

Das dritte Erforderniß ist *Vereinfachung der Formen*, denn das Ueberladen mit unnöthigen Formalitäten ist eine wahre Landplage, eine Last für die Gerichte, erschöpfend für die

Partheien, eine Erndte für die Papiermacher und die Schreiberzunft! Vieles ist darin reglementair oder lokal, und manchen frommen Wunsch mußte ich nach den Grenzen eines Gesetzbuchs bei dem Entwurfe unterdrücken, doch hier mögen einige Andeutungen am rechten Orte stehen. An manchen Orten ist der Gebrauch, daß ein Bürger, welcher einen Advokaten bevollmächtigen will, um Anberaumung einer Kommission zur Aufnahme der Vollmacht schriftlich bitten muß, und hierauf eine schriftliche Ladung, allenfalls auch nachher die Protokollsabschrift gleichfalls mittelst einer Signatur bekommt; diese rein überflüssige Schreibereien rauben dem Gerichte die edle Zeit, und kosten der Parthei mehr als einen Gulden für Nichts! Wenn eine Schrift dem Gegentheil mitgetheilt wird, so erhält derselbe ein besonderes Kommunikationsdekret, und die andere Parthei gleichfalls ein besonderes Notifikationsdekret: Schade um Zeit und Papier! ein kurzes Inscript: Communicetur dem Beklagten ad duplicandum sub termino 30 Tagen, mit dem Beisatz für den Bothen „dem Kläger zur Nachricht vorzuzeigen“ erreicht zur Erleichterung der Kanzleien und zur grossen Ersparung an Zeit für die Gerichte denselben Zweck vollkommen. Ein eigenes Formular-

buch für die Gerichte, abgemessen nach dem Grundsatz der Einfachheit ist ein wahres Bedürfnis. Einige Vorschläge zur Abkürzung der Formalitäten z. B. in Abschaffung des Zeugenrotels (Buch II. Kap. VII. §. 17.) in Bekanntmachung des weitem Termins bei Tagsfarthen (Buch III. Kap. I. §. 4.) enthält der Entwurf, in das Ganze konnte er nicht eingehen, weil, wie gesagt, die Sache mehr reglementair ist.

§. 12.

Dafs das gerichtliche Verfahren *nicht kostspielig* sey, gehet die Legislation nicht weiter an, als dafs sie das Verfahren mit Vereinfachung der Formalitäten abkürzt, das übrige ist mehr finanziell und gehört zur *Taxordnung*, welche ausser der Sphäre des Entwurfs lag. Die Iustiz ganz unentgeltlich mitzutheilen, ist eine eben so sonderbare Forderung, als wenn man für alle Kranke die Kosten des Artztes und der Apotheke aus der Staatskasse bestreiten sollte. Indessen ist es auch auf der andern Seite wahr, die Kosten für gerichtliche Handlungen bei Rechtsstreitigkeiten sollen keine Besteuerung seyn, und von dieser Seite bedürfen die meisten Taxordnungen einer Abänderung. Insbesondere wünschte ich, dafs die Taxen für Handlungen während des Pro-

zesses gemindert, und lieber die Gebühren für das Urtheil erhöht würden, denn einerseits zahlt man lieber und leichter am Ende des Prozesses, als im Verlaufe desselben, anderseits weiß man aus dem Urtheil, wer die Kosten tragen muß, und denn fallen schon die höhern Urtheilsgebühren dem unterliegenden Theile zur Last. Die Taxordnung in *Oesterreich* ist darnach abgemessen, und das Beispiel verdiente Nachahmung.

Was die Taxen für unstreitige Rechtssachen angehet, so gilt von ihnen grossentheils, was ich von Gerichtstaxen sagte, nur bei einigen ist die Eigenschaft einer indirekten Besteuerung zu rechtfertigen. Dahin gehören aber blos die Fälle des freiwilligen Verkehrs und der Erbschaften mit Ausnahme der Noth-Erben. Bei Handlungen, wo kein Eigenthum von einer Person auf die andere übertragen wird, z. B. bei Eheverträgen, bei den Pupillenrechnungen, bei Inskription der Hypotheken, bei Gutsabschätzungen u. d. ist der Gradationsstempel unpassend und oft verderblich, wenn z. B. die Ehegatten, um ihm zu entgehen, ihr Vermögen geringer angeben.

Erstes Buch.

Vom gerichtlichen Verfahren im Allgemeinen.

Erstes Kapitel.

Vom Gegenstand der gerichtlichen Handlungen.

§. 1.

Streitige und unstreitige Rechtssachen.

Natürliche Ordnung fordert, das Gesetzbuch mit jenen Bestimmungen anzufangen, welche sich auf dessen *Gegenstand* beziehen, sie wurden im gegenwärtigen Kapitel zusammengestellt.

Gleich im Anfang war nun die schwere Frage zu lösen, *was Iustizsache sey?* eine Frage, worüber lange gestritten und vieles geschrieben wurde. Nicht sowohl des Satzes wegen: *omnis definitio in jure periculosa*, der

in übertriebener Anwendung den Gesetzbüchern die nothwendige Bestimmtheit raubte, sondern in der Ueberzeugung, daß *Schuldefinitionen* in einem Gesetzbuch vermieden werden müssen, bestrebte ich mich eigends, die Sache mit Enthaltung von jeder metaphysischen Einkleidung so darzustellen, wie es die Form und Sprache eines Gesetzbuchs fordert. Mir, der anerkanntermassen über diesen Gegenstand unter der vorigen teutschen Staatsverfassung auf dem Wege doktrineller Forschung die Bahn gebrochen hat, darf man es wohl zutrauen, daß Alles, was im Texte*) gesagt und was nicht gesagt wurde, die Frucht eines langen und reifen Nachdenkens ist, denn wahrhaft, es wäre leichter gewesen, diesen Paragraph mit gelehrtem Prünke auszustatten, als die Auflösung eines wissenschaftlichen Problems auf einfache anspruchlose Art darzustellen.

Der Begriff von Justizsachen hat mit dem Umsturz der teutschen Staatsverfassung wichtige Veränderungen erlitten, für denselben entscheidet *Rechtsverletzung* nicht mehr allein;

*) Handbuch des bürgerl. Prozesses: II. Auflage, Band II: Abhandl. 26:

sondern die *Qualität des Rechts* nach seinem Objekte bestimmt jenen Begriff, der nun gereinigt ist von allen heterogenen Merkmalen, welche demselben die Staatsverfassung und die vormaligen teutschen Rechtsquellen, römisches, kanonisches und teutsches Recht beigemischt hatten. Wir kennen keine *subordinirte Staatsgewalt* (Landeshoheit) mehr, welche für alle Regierungshandlungen vor den Gerichten verantwortlich war, sobald sie unter den Gesichtspunkt des individuellen verletzten Rechts gestellt und zum Gegenstand einer Anrufung des richterlichen Schutzes genommen waren. Rein aus dem Vernunftrechte müssen wir nunmehr den Begriff von Iustizsachen ableiten, und wie ich schon bei der oben angeführten Abhandlung den rationellen Begriff von den positiven Beimischungen scharf unterschieden hatte, eben so muß ich hier ausdrücklich bemerken, daß man von den darin aufgestellten Sätzen in den Zustand der Souveränität nichts übertragen darf, was bloß eine Folge jener Rechtsquellen war, welche bei dem Umsturz der teutschen Verfassung von den Ruinen bedeckt wurden.

Wollte man den Begriff auf den Satz bauen, daß der Regent seinen Gerichten nicht

unterworfen seyn kann, so würde man den Begriff eines *Objekts* nach dem *Subjekte* bezeichnen, und zur Grundlage einen halb wahren halb falschen Satz nehmen, wie der damit sehr verflochtene bekannte Satz ist, der Regent sey an seine Gesetze gebunden. Denkt man sich den Regenten als Erben einer Privatperson, als Gläubiger, als Besitzer einer unbeweglichen Sache, als Verkäufer u. d. so begegnet man hundert Fällen, wo der Regent in einem privatrechtlichen Verhältnisse stehet, folglich die Gerichte und die Gesetze, des Landes über sich anerkennen muß. Dieses war auch längst unter dem Satze ausgesprochen. *Fiscus utitur jure privatorum.*

Rechtssache ist, was *Rechte* und *Verbindlichkeiten* im *Privatrechtsverhältniß* angehet. Eine kurze Analyse wird den Begriff rechtfertigen und erläutern.

1) Nur *Rechte* sind dazu geeignet, ihren Schutz durch die Gerichte zu erzwingen. Was blosse *Gnade* ist, wenn es auch das Privatrechtsverhältniß angehet, kann nicht als Rechtssache an die Gerichte gezogen werden. Sind Moratorien, Ertheilung der Volljährigkeit oder Legitimation eine Gnadensache, wird
eine

eine Gewerbsverleihung aus landesherrlicher Gnade, nicht aus einem Rechte gesucht, so giebt es gegen abschlägige Entschliessungen auch im Daseyn aller Erfordernisse zur Bewilligung keine Rechtshülfe bei den Gerichten; dagegen findet gegen Versagung der richterlichen Bestätigung, worauf Jemand nach den Gesetzen ein Recht hat, eine Beschwerde über Rechtsverletzung bei den Gerichten statt.

2) *Rechte und Verbindlichkeiten* sind das Merkmal, welches das *besondere* Verhältniß bezeichnet, wo einem berechtigten Individuum ein anderes verbundenes Individuum gegenüber steht. Dieses tritt zwar gewöhnlich unter Privatpersonen ein, bei welchen es sich um das *meum et tuum* handelt, aber auch der Staat kann in diese Sphäre kommen, auch er kann über Rechte und Verbindlichkeiten in gleicher Art einem andern Individuum gegenüber stehen, und daß auch dann eine Rechts-sache vorhanden sey, lehrt uns Natur der Sache und der bekannte Satz, *fiscus utitur jure privatorum*. Viele Handlungen, bei welchen die Regierung in ihrer eigenthümlichen Sphäre bleibt, ohne in das Verhältniß individueller Rechte und Verbindlichkeiten einzutreten, können den Privaten grossen Schaden verursachen;

die Errichtung einer neuen Mühle, eine neue Gewerbsverleihung kann eine Menge früherer Gewerbsberechtigten, die Verstattung der Ein- und Ausfuhr gewisser Produkte oder ein verändertes Mauthsystem, viele Fabrikanten verderben; aber hier ist kein Recht mit einer gegenüber stehenden Verbindlichkeit da, folglich auch eine Rechtssache nicht denkbar. Sobald man hingegen den Fall unterstellt, der erste Müller habe bei Erbauung der Mühle eine verbindliche Versicherung darüber erhalten, daß keine andere Mühle dort zugelassen werden solle, der Fabrikant habe nur mit der Bedingung: daß ihm die Einfuhr seiner Materialien gegen eine bestimmte Abgabe verstattet werde, seine Fabrik errichtet, und sogleich biethet sich auch gegen den Staat ein Recht dar mit korrespondirender Verbindlichkeit des Staats, der Gegenstand ist eine Rechtssache, und man kann den Schutz der Gerichte auch für dieses Recht wenigstens dahin reklamiren, daß der Staat Entschädigung leiste.

3) Im *Privatrechtsverhältniß*. Es ist ein großer Irrthum, wenn man unter *Privatrecht* nur das sogenannte *Civilrecht* versteht, und alles, was nicht nach dem Civilrecht zu entscheiden ist, aus dem Kreise der Privatrechts-

verhältnisse verbannt, diese Geburt einseitiger und eben darum falscher Spekulation, ist fürs bürgerliche Leben durchaus unbrauchbar. Die Mannichfaltigkeiten der bürgerlichen Einrichtungen und des Verkehrs unter den Menschen bringen in einem kultivirten Staate und unter einer thätigen Regierung viele Verhältnisse hervor, worüber die Regierung wegen ihres Einflusses in den Nationalwohlstand oder in die öffentliche Ordnung Normen festzusetzen sich bewogen findet, welche wieder auf mehr oder weniger direkte Weise Quelle von Rechten und Verbindlichkeiten werden. Sie sind nicht Gegenstände der Civilgesetzgebung, und doch Normen für privatrechtliche Verhältnisse. Wenn die Regierung für Repartition der Kom-munallasten und Kriegsschäden einen Maasstab festsetzt, wenn sie eine Brandversicherungsanstalt unter ihrer Leitung errichtet, wenn sie verordnet, unter welchen Bedingungen öffentliche Gewerbe von einer Person auf die andere übertragen werden können, wenn sie vorschreibt, in welchem Verhältnisse die Grundherrs, die Zehentberechtigten und die übrigen Begüterten zum Unterhalt der Kirchen und Pfarrgebäude beitragen sollen, so entstehen hieraus zugleich Rechte und Verbindlichkeiten unter bestimmten Individuen, ungeachtet niemand miskennen wird,

dafs diese Normen einem Civilgesetzbuche fremd sind. Haben die aus solchen Normen entspringenden Rechte keinen Anspruch auf Schutz der Gerichte? sind es nicht Privatrechtsverhältnisse, folglich Rechtssachen? Dieses tritt dem Gesichtspunkte keineswegs zu nahe, aus dem ich das Prozeßgesetzbuch nach der Einleitung §. 1. aufgefaßt habe, es bleibt noch immer der zweite Theil des Civilgesetzbuchs, und bahnt sogar den Weg, auf welchem die privatrechtliche Seite dieser Sachen ans Tageslicht treten kann. Verhandelt werden sie, eben *weil sie Rechtssachen sind*, gleich den Civilsachen, bei ihnen, wie bei diesen, finden Rechtsmittel statt, sie werden, wie diese, von Gerichten entschieden, und wenn auch der Staat dafür *besondere* Gerichte anordnet, wenn er den administrativen Behörden für Entscheidung solcher Sachen den richterlichen Charakter beilegt, so ändert er ihre Rechtseigenschaft nicht ab, denn er beobachtet dabei die Bestimmungen über die Gerichtsverfassung, und bindet jene Behörden eben dadurch an den *Rechtsgang*, weil er sie mit dem *richterlichen Charakter* bekleidet, wie dieses selbst aus den Erkenntnissen erhellet, welche nach der, allen Gerichten gegebenen, Vorschrift auch in solchen Sachen die Entscheidungsgründe enthal-

ten müssen. Hierdurch ist denn der *Begriff von Rechtssachen* überhaupt erläutert und gerechtfertigt. Doch ist eine Rechtssache nicht weiter ein Gegenstand des Prozeßkodex, als bei derselben gerichtliche Handlungen vorkommen; ein Privatvertrag, ein Privattestament ist unstreitig ein Rechtsgeschäft, eine Rechtssache, gehört aber in den Kreis der Prozeßlegislation erst dann, wenn dabei gerichtliche Handlungen vorkommen.

Dieses kann auf eine zweifache Weise geschehen, entweder in Gestalt einer *streitigen* Rechtssache, wo das berechnigte Individuum den Schutz seines Rechts gegen das verpflichtete Individuum vor Gericht reklamirt, oder als eine *unstreitige* Rechtssache; der Text drückt im Num. 4. diesen Unterschied aus.

Streitig ist eine Rechtssache, sobald entweder die *Entscheidung* über das Recht selbst oder dessen *Vollstreckung* vom Gerichte verlangt wird. Uns Teutschen ist der Unterschied zwischen Jus und Judicium fremd, zweckmäßiger vereinigen wir die Vollstreckung mit dem Richteramte, denn auch sie fordert stäte Anwendung der Gesetze, und mit Einsicht hat sich die vormalige Regierung des Großherzog-

thums Frankfurt bei Rezeption der aufgedrungenen fremden Rechte gegen die Einführung der Huissiers ausdrücklich erklärt.

Die *streitigen Rechtssachen*, welche die Doktrin, wenn sie dafür eines technischen Namens zu bedürfen glaubt, *Justizsachen* nennen mag, theilen sich in *zwei* Klassen, welche zwar durch besondere Merkmale von einander unterschieden sind, aber alle Merkmale des Gattungsbegriffs gemein haben.

Zur *ersten* Klasse gehören jene Rechtsgeschäfte, welche *rein civilrechtlich* und aus dem Civilgesetzbuche zu entscheiden sind, weshalb sie *Civiljustizsachen* und die dafür angeordneten Gerichte *Civilgerichte* genannt werden mögen. Die *zweite* Klasse umfaßt jene Rechtssachen, welche zwar, gleich jenen, streitige Rechte und Verbindlichkeiten im Privatrechtsverhältnisse angehen, aber theils die Staatsverwaltung mit berühren, theils nach besonderen *administrativen Normen und Verordnungen* zu entscheiden, daher gemischter Natur sind, und *administrative Justizsachen*, oder nach Kap. II. §. 5. *administrativ-kontentiose* Sachen genannt werden können, da der Ausdruck „*kontentios*“ das Bürgerrecht hat, um streitige Rechtssachen

zu bezeichnen, der Ausdruck „*administrativ*“ allgemein alle Zweige der *Staatsverwaltung* bezeichnet, sie mögen das Departement des *Innern* (Regierungs- und Polizeisachen) oder das Departement der *Finanzen* berühren, und hierdurch sie von reinen *Civil-Justizsachen* unterscheide, folglich dieser Namen ihren Unterschied von *rein administrativen* Sachen sowohl, als von *rein civilrechtlichen* Sachen bestimmt ausdrückt.

Die Nothwendigkeit, auch diese Gegenstände als Privatrechtssachen in den Begriff von Justizsachen aufzunehmen, also zwei Arten derselben zu unterscheiden, wurde oben nachgewiesen; das praktische Interesse ihres Unterschieds von Civiljustizsachen liegt eigentlich in den dafür (Kap. II. §. 5 — 9.) angeordneten besondern Gerichten; man könnte also die einzige Frage aufwerfen, ob es nicht rätlicher sey, auch solche Gegenstände den *Civilgerichten* zu überlassen, diese dadurch als die einzigen Justizbehörden zu konstituiren, und sich darauf einzuschränken, daß sie ohnedies in Sachen einer besondern Kunst Sachverständige beizuziehen und darauf ihre Urtheile zu gründen verbunden sind?

Mit vielen Gründen lassen sich die überwiegenden Vortheile einer Anordnung besonderer Gerichte, welche mit den administrativen Behörden durch Beilegung des richterlichen Charakters vereinigt sind, beweisen.

1) Die *Rechtmässigkeit* dieser Anordnung kann man ohnehin nicht bezweifeln, da bei derselben in Verhandlung und Entscheidung so wie hinsichtlich der Rechtsmittel alle Bestimmungen des Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren, wie bei Civilgerichten eingehalten werden müssen. Haben denn nicht zu allen Zeiten und unter allen Legislationen mehrere solche *besondere Gerichte* für Gegenstände, deren Beurtheilung besondere Kenntnisse ausser dem Rechtsstudium fordert, sich als vortheilhaft bewährt? Wünscht und fordert man nicht in den Handels- und Bergwerksgerichten auch Männer, welche vom Handel und Bergbau genaue Kenntnisse besitzen? Besetzt man nicht zweckmässig die Militärstrafgerichte auch mit Personen aus dem Militärstande? Bestehen nicht heutzutage noch für Ehesachen besondere, und zwar sogar geistliche Gerichte, ungeachtet die Ehe eines der wichtigsten Institute des Civilrechts und ein wesentlicher Theil des Civilgesetzbuchs ist?

Haben nicht von jeher für Strafsachen eigene Kriminalgerichte bestanden? — Wahrhaft, die Juristen von Profession sind doch ein eigenes Völklein, angesteckt vom Geiste, eine besondere Kaste zu bilden, und das Monopol über alles was auf Rechte sich beziehet, an sich zu reißen! Die richtige Anwendung vieler administrativer Normen fordert besondere technische Kenntnisse, eine genaue Uebersicht aller administrativen Verordnungen ohne die man in ihren Geist und Zusammenhang nicht eindringt, eine eigne Erfahrung und Uebung in solchen Geschäften: alles dieses mangelt dem Juristen als solchen, es ist also weit räthlicher, für solche Rechtssachen besondere Gerichte anzuordnen, und die administrativen Behörden dafür das Richteramt zu übertragen, besonders da man bei ihrer Bestellung ohnehin auf Männer Rücksicht nimmt, welche Rechtskenntnisse besitzen.

2) Hierdurch erreicht man zugleich den großen Vorthail, daß man dem alten Streite über die Grenze zwischen Justiz- und Regierungssachen, und unzählbaren Konflikten zwischen den Civilgerichten und den administrativen Behörden vorbeugt. Selten kennt man bei administrativen Geschäften im Anfang ihre

wahre Eigenschaft, oft erscheinen sie anfangs in rein administrativer Gestalt z. B. einer Gewerbsverleihung, dann werden sie wegen eines Widerspruchs kontentios, und oft ist es lange eben so ungewiss, ob jener Widerspruch privatrechtlich ist oder nicht, zuweilen wird dem ganzen Streite durch eine rein administrative Verfügung ein Ende gemacht, wenn z. B. die nachgesuchte Gewerbsverleihung gegen einen erhobenen Widerspruch aus einem Rechte des Ansuchenden abgeleitet wurde, und die Regierung, dem Bittsteller, abgesehen davon ob er darauf ein Recht habe oder nicht, das Gesuch als neue Verleihung gewährt, wenn, um mich dem Juristen ganz verständlich zu machen, der Lehenherr zuweilen einen Streit über die Succession in ein heimgefallenes Lehen dadurch hebt, daß er dem Prätendenten das Lehen *ex nova gratia jure antiqui* verleiht. Nur jenes Beispiel nehme man vor Augen, um zu sehen, welche Vortheile, welche Erleichterung in den Geschäften, welche zweckmässige Leitung und Beförderung der Geschäfte, mit Beseitigung aller unnöthigen Konflikte die Vereinigung des Richteramts mit den administrativen Behörden hervorbringt.

3) Und was wäre auch mit der Hinweisung solcher Gegenstände an die Civilgerichte

gewonnen? – Durchaus Nichts! In den meisten Fällen müßten sie aus Mangel an technischen Kenntnissen ein Parere der Sachverständigen einholen, für welche die Regierung wohl Niemand als ihre administrative Behörden gelten lassen könnte. Wenn nun auch diese, woran noch sehr zu zweifeln wäre, dieses Amt übernehmen, so müßten die Civilgerichte es doch bei diesem Parere lassen, und sie hätten bloß die Ehre, die Maschine zur Verkündung desjenigen zu seyn, was jene Behörden geurtheilt haben; also gewonnen wäre Nichts.

4) Wohl aber oft und viel geschadet! Die administrativen Behörden können auf rein administrativem Wege nachhelfen, wo hiezu den Gerichten alle Mittel mangeln; jene können durch neue Verleihung den Streit heben, dem Betheiligten an einem andern Orte eine konvenable Unterkunft verschaffen, in Kultursachen und Gemeindeangelegenheiten viele Hindernisse besiegen: alles dieses können Civilgerichte nicht.

Weit zweckmässiger ist es also, wenn dergleichen Gegenstände auch als Rechtssachen gemischter Natur den administrativen Behörden überlassen werden, mit deren Geschäfts-

kreis sie ohnedies zusammenhängen. Durch Beilegung des Richteramts sind diese Behörden zu besondern Gerichten (Kap. II. §. 1.) konstituiert, diese Sachen der Willkür entrückt, und für deren Behandlung, Entscheidung, Rechtsmittel und Instanzen ist ein fester Grund gelegt.

Nun kommt es nur noch auf zwei Fragen an: *erstens*, welches sind denn die *administrativ-kontentiosen* Sachen im Gegensatz der Civiljustizsachen? und *zweitens*, wodurch unterscheidet man sie von *rein administrativen* Gegenständen?

Die *erste* Frage beantwortet das zweite Kapitel §. 5 — 9. genau durch Aufzählung einzelner dahin gehörender Sachen, und wer die Regeln legislativer Redaktion kennt, der weiß, daß es in einem Gesetzbuche, welches als ein Ganzes erscheint, Fehler wäre, bei der allgemeinen Bezeichnung des Gegenstands seine Theile aufzuzählen, wofür eine andere Stelle des Gesetzbuchs schicklicher ist. Bei dem Unterricht oder Studium muß man ohnehin auf die korrespondirenden Stellen (Kap. II. §. 5 — 9.) Rücksicht nehmen. Auch in der *Anwendung* kann man nicht lange irren, man braucht

dazu kein tiefes Studium, keine mühsame und zweifelhafte philosophische Deduktion eines Schulbegriffs, die *Quellen* woraus die Entscheidung zu nehmen ist, sind das untrügliche, selbst von schwachen Augen leicht erkennbare Merkmal, welches die Grenze fest bezeichnet. Wie dasjenige eine Handels- oder Wechselsache ist, was nach Handelsgesetzen oder Wechselrecht entschieden werden muß, eben so gehören die bei Kultur vorkommenden Streitigkeiten (Buch III. Kap. VIII. §. 4.) an die Civilgerichte, wenn die Streitfrage lediglich aus dem Civilgesetzbuch zu entscheiden ist, hingegen an die administrativ-kontentiose Behörde, wenn sie nach den Kulturverordnungen entschieden werden muß; in den *entscheidenden Gesetzen* hat jede Behörde das untrügliche Merkmal ihrer Kompetenz, und zwar ein nicht bloß empirisches, sondern sogar ein apriorisches Merkmal; denn die Rechte sind nur ein Produkt der Gesetze, folglich wird die Natur eines Rechts bestimmt durch das Gesetz, aus welchem es abgeleitet wird. So wahr ist es, daß im Leben bei scheinbarer Einfachheit die tiefsten philosophischen Wahrheiten hervordringen! Daß übrigens in Staaten, wo entweder keine Verordnungen über solche administrative Gegenstände mit Einfluß auf Privatrechtsver-

hältnisse bestehen, oder wo die Vereinigung des richterlichen Karakters in den administrativen Behörden nicht wohl ausführbar ist, diese Sachen von den Civilgerichten unter Beziehung von Sachverständigen zu behandeln sind, folgt aus dem Grundsatz dieses Paragraphs, daß dergleichen Sachen eben so gut als die reinen Civilsachen Rechtssachen sind und daß die administrativen Behörden dafür nur besondere Gerichte bilden, denn im Mangel besonderer Gerichte bleibt es bei den allgemeinen Gerichten als der Regel. Selbst von dieser Seite mußte der §. 1. mit einer eigenen Vorsicht redigirt werden.

Die zweite Frage konnte im Gesetzbuch nur auf indirekte Weise beantwortet werden, und sie ist durch den allgemeinen Begriff von Rechtssachen im Eingang dieses Paragraphs beantwortet. Die Legislation giebt *positive* Bestimmungen, und bedarf einer Durchführung der *negativen* Gegensätze nicht, welche der Doktrin überlassen sind. Administrative Gegensände sind Rechtssachen, wenn sie die Merkmale einer Rechtssache vereint an sich tragen, welche oben erläutert wurden, folglich sind sie keine Rechtssache, wenn eines dieser Merkmale mangelt. Wird ein Handwerker

mit seinem Gesuche um eine Gewerbsverleihung in einer Stadt abgewiesen, weil die Polizei seine Tüchtigkeit bezweifelt, oder die Zahl der Meister nicht vermehren will, so beruht die Abweisung auf *rein administrativen* Gründen und wenn auch der Abgewiesene nach der Organisation der Behörden sich an die höhere administrative Behörde wenden kann, dennoch behält der Gegenstand seine ursprüngliche Eigenschaft; auch in der höheren Behörde ist er rein administrativ, weil er auch dort nur aus rein administrativen Gründen, ohne alle Beziehung auf ein bestimmtes Privatrechtsverhältniß, zu beurtheilen ist. Nun denke man aber, das Gesuch beruhe auf einem Uebergabsvertrage, aus welchem der Ansuchende ein Recht auf die Verleihung zu haben gegen die Zunft behauptet, welche die reale Eigenschaft und die Uebertragbarkeit jenes Gewerbes bestreitet, und man wird das individuelle streitige Privatrechtsverhältniß nicht misskennen, welches diese Sache zu einer administrativ-kontentiosen Sache erhebt. Wenn, um ein finanzielles Beispiel aufzustellen, die Bergwerksordnung dem ersten Finder nicht eher ein Recht zuspricht, als bis er die landesherrliche Belehnung mit dem Bergwerk erhalten hat, ohne ihm aus dem Finden auf diese Be-

lehnung selbst ein Recht zuzusprechen, jedoch den Grundsatz, der erste Finder sey der erste Muther, in dem Sinne dabei aufstellt, daß, wenn die Regierung Einem die Belehnung ertheilen will, diese dem ersten Finder gebühre, wenn gleich ein anderer früher gemuthet habe, so zeigt sich bald, daß die Frage: ob überhaupt die Verleihung eines neuen oder des gemutheten Werkes räthlich sey? der Muthung aus rein administrativen Gründen angehet, daß aber die Frage: wem die Belehnung ertheilt werden soll? das individuelle Privatrechtsverhältniß des ersten Finders betrifft, die Sache also dort rein administrativ, hier aber eine Rechtssache ist.

Um nun alles dieses einfach und ohne Schulgewand auszudrücken, wie es in einem Gesetzbuche geschehen muß, habe ich den Begriff von Rechtssachen so gefaßt, daß er alle Rechtssachen, sowohl die reinen Civiljustizsachen als die administrativ-kontentiosen Rechtssachen in sich schließt. Hierauf wurde (N. 1.) gesetzlich bestimmt, wieferne dieselben zu den streitigen oder unstreitigen (N. 4.) Rechtsgeschäften gehören; die Eintheilung der Rechtssachen in Civilsachen und administrativ-kontentiose Sachen durfte nicht so, wie es der
Dok-

Doktrin gebührt, ausgedrückt werden, der praktische Unterschied zwischen beiden liegt zunächst in den besondern Gerichten, an welche die letztern gewiesen sind, daher ist die Redaktion (Num. 2.) so gewählt worden, daß sie auf der einen Seite den Begriff von Rechts-sachen auf die administrativ-kontentiosen Sachen erstreckt, und dadurch die bekannte Kontrovers über den Begriff von Justizsachen entscheidet und dessen Beschränkung auf reine Civilsachen verwirft, auf der andern Seite aber zugleich den praktischen Unterschied zwischen den beiden Arten von Rechtssachen andeutet. Diese Bemerkungen werden mich auch über die Redaktion rechtfertigen und wenigstens beweisen, daß ich sie mit vieler Vorsicht gewählt habe.

Der darauf (Num. 3.) folgende Satz: der *landesherrliche Fiskus nimmt in allen streitigen Privatrechtssachen vor den Landesgerichten Recht*, schließt zwar alle reine Regentehandlungen aus, auf welche ohnehin der Begriff von Rechtssachen in einem souverainen Staate nicht paßt, aber er begreift alle Rechts-sachen, Civiljustiz - wie administrativ-kontentiose Sachen, in sich, und gilt für den Fiskus, er mag Kläger oder Beklagter seyn.

Nur hat er noch eine Seite, wo die Sache weit tiefer liegt als Viele glauben, und mit Vergnügen bemerkte ich, daß Herr Zachariae *) mit mir diese Ansicht theilt, indem er den Wunsch ausdrückt, es möge bei dem künftigen Grundvertrage des deutschen Bundes genau bestimmt werden, was unter *Fiskus* zu verstehen sey? Vorerst einige aufklärende Beispiele aus dem Buche der Erfahrung.

An einem öffentlichen schiffbaren Flusse, wo der Staat keinen Fuß breit Privateigenthum besaß, führte die Wasserbaudirektion einen Wasserbau, nicht im Privatinteresse des Staats, sondern nach ihrer Ansicht zum öffentlichen Besten. Daß der Fiskus belangt werden könnte, wenn zum Wasserbau oder zu einem Kanal ein anliegendes Grundstück eines Privaten hinweggenommen wurde, unterliegt keinem Zweifel; aber dies war der Grund der Klage nicht, sondern die Besitzer der anliegenden Grundstücke behaupteten, der Wasserbau sey unzweckmässig, und setze ihr Eigenthum der Gefahr aus, vom Wasser hinweggerissen zu werden, darauf gründeten sie eine Klage,

*) Entwurf zu dem Grundvertrage des deutschen Bundes. Heidelberg 1814.

welche, wenn der Wasserbau von einem Privaten wäre geführt worden, von den Gerichten nicht abgewiesen werden konnte. Kann hier der Staat unter dem Namen Fiskus belangt werden? — Es ist als Grundsatz angenommen, daß der Staat die Reparaturen an den Ufern der schiffbaren Flüsse auf seine Kosten herstellt; dafür wird jährlich eine bestimmte Summe auf den Etat der Staatsausgaben genommen, und für jenen Zweck nach dem Bedürfnis im Ganzen verwendet. Der Eigenthümer eines anliegenden Grundstücks, welches vom Wasser beschädigt wird, sucht bei der Wasserbaudirektion vergebens um einen Wasserbau an seinem Grundstücke, und will nun den Fiskus auf dessen Herstellung vor Gericht belangen: darf diese Klage angenommen werden? — In einem Lande ist als Grundsatz ausgesprochen, daß kein von einem Hofpfalzgrafen ertheiltes Adelsdiplom, wenn es nicht schon während der Reichsverfassung bei der Landesregierung produziert und anerkannt war, fernerhin als gültig zu betrachten ist: kann derjenige, welchem das Reichsheroldenamt die Aufnahme eines solchen Diploms in die Adelsmatrikel verweigert, den Fiskus auf Anerkennung seines Adels vor den Gerichten belangen? — Gegen einen ausländischen

privilegirten Gutsbesitzer, welcher sich den Staatseinrichtungen widersetzt, verhängt die politische Behörde den Beschlag der Gutseinkünfte: kann dieser bei den Gerichten ein Mandat de relexando arresto, nec via facti sed juris procedendo gegen den Fiskus verlangen? — In einem Lande, wo alles Privat-Weg- und Brückengeld verbothen ist, erbaut ein Gutsbesitzer zu seinem und einiger Privaten Vorthail mit Bewilligung der Regierung über einen öffentlichen Fluß eine Brücke, und verschließt sie, verstattet aber andern Personen, welche sie benützen wollen, den Gebrauch gegen eine Abgabe; die Regierung hält diese für ein verbotenes Privat-Brückengeld, und läßt die Schließung der Brücke demoliren: kann der Gutsbesitzer darüber vor den Gerichten klagen? — Staatsschulden beruhen offenbar auf einem Privatrechtsgeschäfte, sogar auf dem rein civilrechtlichen Darlehensvertrag: kann darüber in souverainen Staaten der Fiskus vor den Landesgerichten belangt werden, und was würde man zu einem Landesgerichte sagen, wenn es heutzutag im alten reichsgerichtlichen Style gegen den Fiskus ein Mandatum de solvendo vel dimittendo hypothecam erkennen wollte?

Wer die Frage: *was ist der Fiskus?* für so leicht oder etwa gar für überflüssig hält, der versuche es nur, die vorstehenden Fälle zu entscheiden. Hier mußte ich mich auf Andeutungen einschränken; die Frage zu lösen, forderte eine eigene Abhandlung, und sie liegt, wie Zachariae richtig bemerkte, mehr im Gebiete der Staatskonstitution.

Der letzte Satz des Textes (Num. 4.) enthält den Grund, welcher die Nothwendigkeit beweiset, die Normen über gerichtliche Behandlung der unstreitigen Rechtssachen mit dem Prozeßgesetzbuche, dessen integrirenden Theil sie bilden, zu verbinden.

§. 2.

Verbot der Selbsthülfe.

Selbsthülfe, deren Rechtswidrigkeit in unsern Zeiten keines Beweises bedarf, ist vorhanden, wenn Jemand *ohne Ermächtigung der Staatsgewalt* sein wahres oder vermeintliches Recht durch *Privatgewalt* geltend zu machen sucht. Daher ist es keine Selbsthülfe, wenn die Staatsgefälle durch die öffentlichen Einnehmer beigetrieben werden, oder wenn der Staat den Grundherrschaft die Eintreibung liquider Forderungen aus dem Grundbarkeitsver-

bande zugesteht. Aber jede unbefugte Privatgewalt, auch die feinere Gattung derselben, welche der Text im Num. 4. ausdrücklich bemerkte, um einem sehr ausgebreiteten Unfuge vorzubeugen, ist Selbsthülfe, und als solche in der Regel unerlaubt.

Eine Strafe gegen die unerlaubte Selbsthülfe konnte im Prozeßkodex keinen Platz finden, denn die *Privatstrafen* sind gegen Handlungen wider den *öffentlichen* Rechtszustand schon an sich unpassend und die öffentlichen Strafen dem Strafgesetzbuch vorbehalten, insbesondere aber waren die vom römischen Rechte angedrohten Strafen nach legislativen Ansichten nicht zu rechtfertigen. Wenn der Gläubiger seine Forderung, der Besitzer sein Eigenthum, oder, falls er nicht Eigenthümer war, den Werth desselben verlieren soll, so überschreitet diese Strafe bei Gegenständen von hohem Belange alles Verhältniß zwischen Strafe und Strafbarkeit und verletzt das Eigenthum, welches die Gesetze sicher stellen wollen; auch haben diese römischen Privatstrafen niemals Eingang in Teutschland gefunden.

Indessen gibt es von jener Regel Ausnahmen, welche das Gesetz bei dem Verbote nicht

umgehen darf. Manche Fälle hat man unrichtig unter diese Ausnahmen gestellt z. B. die Entleibung des Ehebrechers und der Ehebrecherin und des nächtlichen Diebes, die Retorsion der Injurien, die rechtmässige Nothwehr und das civilrechtlich erlaubte Retentionsrecht; andere Fälle, z. B. gegen neue Zölle, gegen Verletzungen des westphälischen Friedens, gegen Geächtete und Landfriedensbrecher sind veraltet, und es bleiben nur zwei Ausnahmen übrig, welche auch alle Fälle erschöpfen.

Die *erste* Ausnahme (Num. 1.) begreift nach der Allgemeinheit des Prinzips nicht nur die rechtmässige Nothwehr, wenn man sie doch hieher ziehen will, die Verfolgung und Anhaltung eines flüchtigen Schuldners, den Fall eines Gerichtsstillstands (wenn je in einem Staate dieser traurige Fall durch Revolten sich ereignet) die bei Bauten, besonders an Flüssen und Dämmen, oft nothwendige augenblickliche Hülfe, sondern auch die bekannten Pfandungen bei Forst- und Flurfreveln in sich, weil sonst dem Beschädigten der Beweis oder die Sicherheit für den Schadensersatz entgehen würde.

Die *zweite* Ausnahme (Num. 2.) gründet sich in dem Civilgesetzbuch und ist nothwen-

dig zur Sicherung des Inhabers und Besitzers, welcher gegen unerlaubte, seinen Besitz störende Handlungen, denselben nicht nur vertheidigen, sondern auch mit Privatgewalt sich auf frischer That wieder verschaffen darf, wenn er ihn durch unerlaubte Privatgewalt verlohren hatte, indem sonst das Gesetz die erste unerlaubte Handlung mit rechtlicher Wirkung belegte. Doch konnte die Selbsthülfe nur gegen *Privatgewalt* zugelassen, und der Satz: *contra judicem spoliative procedentem* mußte durch Beschränkung jener Ausnahme stillschweigend abgeschafft werden, als vernunftwidrig, da man im Staate keinem Privaten das Urtheil, ob der Richter spoliativ einschreite, und noch weniger eine gewaltsame Widersetzung gegen die Obrigkeit zugestehen kann, und als gefährlich selbst für den Privaten, den oft die schädlichsten Folgen treffen, wenn das richterliche Einschreiten für rechtmässig erkannt wird, oder derselbe, was bei Gewalt gegen Gewalt niemals zu vermeiden ist, das Verhältniß der nothdürftigen Gegengewalt überschreitet.

Uebrigens enthält diese Ausnahme nicht nur eine bekannte Art der *novi operis nunciatio* durch eigenmächtige Demolirung neuer

Bauten, soferne sie den Besitz stören, sondern es können darunter auch die noch in manchen Ländern bestehende Zunftrechte gegen Pfuscher subsumirt werden.

Eine Folge des Satzes, daß mit der Ursache auch die Wirkung aufhört, ist die Verbindlichkeit, zur baldigen Anzeige bei Gericht (Num. 3.). Diese Maasregel würde sogar ohne das gesetzliche Gebot demjenigen, der sich der Selbsthülfe bediente, schon deswegen anzurathen seyn, weil er dadurch die Vermuthung ihres rechtmässigen Gebrauchs bestärkt.

§. 3.

Verhältniß der Civilsachen zu den Kriminalsachen.

Auch das Strafrecht berührt der Prozeßkodex, weil auch aus unerlaubten Handlungen Verbindlichkeiten entspringen, welche eine Rechtsverfolgung veranlassen können; das Verhältniß beider Sachen gegeneinander bedarf also einer genauen Zergliederung.

Der erste Satz, welcher hier an die Spitze kommen mußte, daß nämlich eine Civillklage, welche aus einem vom Strafgerichte noch nicht

entschiedenen Verbrechen *) gegen eine dessen beschuldigte Person angestellt wird, als Denunziation angesehen und dem Strafgerichte zur weitem Einschreitung mitgetheilt werden soll, rechtfertiget sich aus dem Vorzug, welchen die Gesetzgebung den Kriminalsachen als Gegenständen des *öffentlichen* Rechts und von hohem Einfluß auf die *allgemeine* Sicherheit einräumen muß. Wollte man eine solche Sache vor dem Kriminal-Erkenntnisse bei den Civilgerichten verhandeln lassen, so würde man der Kriminalgewalt vorgreifen, und allenthalben bedenkliche Folgen herbeiführen. Im Civilrecht genügt ein gerichtliches Geständniß, man wird in Folge des Ungehorsams für geständig geachtet, es finden dort Ergänzungs-eide bei unvollständigem Beweise, und Desertion des Beweises statt: nun setze man den

*) Ich begreife hier unter diesem Namen auch die *Vergehen*, und unter dem Namen *Civilgericht* alle Gerichte für bürgerliche Rechts-sachen blos im Gegensatz der *Kriminalgerichte*, folglich ohne hier auf den Unterschied der Gerichte, wie ihn das folgende Kapitel II. aufstellt, Rücksicht zu nehmen, eben dieses gilt vom Namen *Civilsachen*, als unter welchen hier auch administrativ-kontentiose Sachen mitverstanden werden.

Fall bei einer Klage aus einem Diebstahl würde der Beklagte der That in contumaciam für schuldig geachtet, und verurtheilt, oder der Beweis des Klägers desert und der Beklagte losgesprochen: könnte wohl nach einem solchen civilrechtlichen Erkenntnisse die Strafge-
walt einschreiten, und hätten nicht die Privaten das Mittel in der Hand, durch ein solches Spiel die Strafge-
walt zu vereiteln? Die Wahr-
heit und Nothwendigkeit des zur Grundlage
genommenen Satzes läßt sich also nicht be-
streiten, und es kommt nur auf dessen Zer-
gliederung an.

1) Die Klage muß aus einem vom Straf-
gerichte noch unentschiedenen Verbrechen oder
Vergehen angestellt seyn. Nicht jeder Klage-
grund, der auf ein Verbrechen in der Ferne
schliessen läßt, reicht dazu hin, sondern die
Klage muß *aus* einem Verbrechen angestellt
seyn. Wenn z. B. ein Testament als nichtig
angefochten wird, weil darin eine Verschie-
denheit der Tinte, Rasuren, Unterschriften
früher verstorbener oder abwesender Personen
als Zeugen u. d. vorkommen, so kann man
wohl vermuthen, daß eine *betrügliche* Fäl-
schung vorgefallen sey, aber geklagt war nicht
aus dem Betrüge, dem Kläger genügte es,

wenn das Testament für *ungültig* erkannt wurde, und das Civilgericht hat weder eine Ueberzeugung von dem Betrüge noch eine Anzeige des Betrügers: hier bleibt die Sache bei dem Civilgerichte.

2) Sie muß *wider eine des Verbrechens beschuldigte Person* gerichtet seyn, dies liegt schon im vorhergehenden, weil *aus* einem Verbrechen eigentlich nur wider eine dessen beschuldigte Person geklagt wird; es bedarf aber hier einer näheren Betrachtung. Oft kann das Verbrechen eines Dritten die Nichtigkeit einer Handlung hervorbringen, und diese eine Klage gegen ein Individuum begründen, das von aller Theilnahme an jenem Verbrechen frei ist; z. B. wenn ein Cessionar aus der von einem unbekannten Menschen verfälschten Urkunde wider seinen Cedenten auf Gewährschaftsleistung klagt. Hier mangelt es an einem des Verbrechens beschuldigten Gegentheil, und die Hinweisung an das Kriminalgericht fällt da um so mehr hinweg, als ansonst ohne allen Grund der Fordernde an der Geltendmachung seines Rechts gehindert würde.

3) Was von der *Klage* gesagt worden, gilt wegen Gleichheit der Rechte unter den

streitenden Theilen auch vom Beklagten, wenn derselbe eine *Einrede* vorbringt, welche auf ein Verbrechen des Klägers gegründet wird, wenn z. B. der Beklagte behauptet, der Kläger habe die Urkunde, woraus er klagte, betrüglich verfälscht.

4) Hievon sind jene Fälle ausgenommen, wo das Civil- oder Strafgesetzbuch eine Untersuchung und Bestrafung erst nach der Entscheidung des Civilgerichts erlaubt. Selbst das französische Civilgesetzbuch zeichnet einige solche Fälle aus. Diese Bestimmung ist besonders in jenen Gegenständen nothwendig, wo eine Untersuchung von Amtswegen überhaupt oder in Ansehung dritter Personen mehr Schaden hervorbrächte, als man durch die Strafe abwenden will, und wo der Chicane und den Leidenschaften ein eigenes Feld geöffnet würde, wenn man anstatt des bürgerlichen Prozesses, bei dem der Ankläger auf der Bühne erscheinen und Kosten tragen muß, den Kriminalprozeß einschlagen dürfte, wo sich die Anklage hinter der Gardine versteckt.

5) Sogar mitten im Laufe des Prozesses kann etwas vorgebracht werden, was gegen eine *bestimmte* Person den Vorwurf eines Ver-

brechens enthält, wenn z. B. die Fälschung einer Urkunde erst aus deren Produktion erkannt, oder dem vorgeschlagenen Zeugen der Vorwurf eines begangenen noch unentschiedenen Verbrechens gemacht wird. Dafs in beiden Fällen das Gericht die Sache mit den erhaltenen Beweismitteln sogleich dem Kriminalgerichte anzeigen müsse, versteht sich von selbst; verschieden ist aber die Folge, je nachdem ein streitender Theil oder ein Dritter z. B. ein Zeuge des Verbrechens beschuldigt wird, im ersten Fall muß, wenn das Verbrechen mit dem Streit zusammenhängt, die ganze Sache an das Kriminalgericht geschickt und das weitere Verfahren vor dem bürgerlichen Gerichte eingestellt werden; im zweiten Falle kann die Partei, welche einen solchen Zeugen vorgeschlagen hat, auf Fortsetzung des bisherigen Prozesses bestehen, wenn sie den Zeugen aufgibt, weil dadurch der Einfluß der Kriminalsache auf den Rechtsstreit aufhört.

Der Nachsatz im Texte enthält eine Hinweisung auf das Strafgesetzbuch über zwei Fragen, welche zwar demselben angehören, aber der Vollständigkeit wegen aus dem Standpunkt der Legislation hier beantwortet werden sollen.

A. Die erste Frage, *ob und wie weit Strafgerichte über die privatrechtlichen Folgen eines Verbrechens zu erkennen haben?* läßt sich durchaus nicht durchgreifend nach dem Grundsatz von Konnexität der Sachen beantworten, denn Privatrecht und Strafrecht haben eine geschiedene Sphäre, das privatrechtliche schützt der Richter nur auf Verlangen des Betheiligten, aber er muß es zuerkennen nach den privatrechtlichen Beweismitteln, welche in vielen wesentlichen Punkten vom Beweise in Strafsachen abweichen; ferner könne oft der privatrechtliche Punkt besonders hinsichtlich der GröÙe des Schadens noch weitläufigere Verhandlungen fordern, wodurch die Entscheidung des Strafpunkts zum Schaden für das öffentliche Interesse aufgehalten würde. Daraus ergibt sich die Richtigkeit folgender Sätze:

1) Das Strafgericht kann auch über die privatrechtlichen Folgen des Verbrechens (Wiedererstattung, Schadensersatz und Genugthuung) erkennen, aber nur auf Verlangen des Beschädigten und nicht weiter als er es verlangt.

2) Derselbe muß hierüber vom Strafgericht von Amtswegen befragt werden.

3) Derselbe kann die Zuerkennung nach den Bestimmungen der Civilgesetze verlangen, daher nach Umständen die Zulassung zum Schätzungseide auch über den gewöhnlichen Werth der Sache (juramentum in litem) oder eine andere Schätzung fordern; doch hat alles dieses auf das Erkenntniß über die Strafe selbst keinen Einfluß.

4) Sollte aber der Beschädigte sich die Rechtsverfolgung vor den bürgerlichen Gerichten vorbehalten, oder das Strafgericht die privatrechtlichen Forderungen noch nicht genug instruiert finden, so sind dem Betheiligten seine privatrechtlichen Ansprüche zur besondern Verhandlung vor den Civilgerichten im Strafurtheil vorzubehalten.

5) Dafs übrigens der privatrechtlich Betheiligte, wenn er über seine Forderungen das Erkenntniß des Strafgerichts verlangt hat, und sich durch dasselbe beschwert erachtet, nur an das Strafgericht zweiter Instanz appelliren könne, folgt aus dem für alle Instanzen gültigen Grundsatz der Konnexität.

B. *Wie weit erstrecken sich die Wirkungen eines rechtskräftigen Straferkenntnisses hinsichtlich-*

sichtlich der privatrechtlichen Forderungen?
Dies die zweite Frage.

Bei derselben wird vorausgesetzt, daß der privatrechtlich Betheiligte vom Strafgerichte ein Erkenntniß über seine privatrechtlichen Ansprüche nicht erhalten habe; es kommt daher allein auf die Wirkungen des strafgerichtlichen Urtheils zum Vortheil oder Nachtheil des Angeeschuldigten bei den civilrechtlichen Verhandlungen an.

1) Rechtskräftige Erkenntnisse eines Gerichts bewirken ein förmliches Recht, einen vollständigen Beweis, vor jedem andern Gerichte; dieser Satz muß in Beantwortung jener Frage zur Grundlage genommen werden. Daß dem Beschädigten, welcher auf Befragen des Strafgerichts seine Verzichtleistung auf den Schadensersatz erklärte, auch vor dem Civilgerichte die Einrede der Streitentsagung entgegengesetzt werden könne, wird Niemand bestreiten, warum sollte nun der sogar zur Strafe Verurtheilte auch zum Schadensersatz nicht schon kraft jenes Urtheils ohne andern Beweis vom Civilrichter verurtheilt werden müssen?

2) Bei verurtheilenden Erkenntnissen des Strafgerichts hat die Sache auch keinen An-

stand, weil manche Beweise im Strafrecht mit gröfserer Strenge als im Civilprozesse bemessen werden, und das Strafrecht kein Beweismittel kennt, das nicht auch Beweismittel im bürgerlichen Prozesse wäre. Aber wie anders es sich bei lossprechenden oder von der Instanz entlassenden Erkenntnissen verhalte, zeigt die einzige Betrachtung, dafs das Strafrecht keinen Ergänzungseid bei unvollständigem Beweise kennt, und manche Gesetzbücher nur das wiederholte Bekenntnifs als vollständig beweisend im Strafrecht ansehen, während das Civilrecht ein einziges gerichtliches Geständnifs als vollkommenen Beweis annimmt.

3) Bei Erkenntnissen auf Entlassung von der Instanz muß man also dem privatrechtlich Betheiligten die Befugnifs einräumen, die vorhandenen Beweise seines Anspruchs im civilrechtlichen Verfahren zu benützen, und nach Umständen durch den Eid zu ergänzen, welchenfalls jedoch das zum Vorthail des Klägers erfolgende Civilerkenntnifs kein Präjudiz für die Strafe begründet.

4) Bei lossprechenden Erkenntnissen treten neue Bedenklichkeiten ein. Ein von der Instanz entlassendes Urtheil spricht ohnehin

einen begründeten Verdacht gegen den Ange-
schuldigten aus, läßt ihn im Anklagestand,
und in einem zweideutigen Lichte; bei die-
sem ist vollkommen rechtlich, was in vor-
hergehendem Nummer bemerkt wurde. Aber
einem von Strafe *lossprechenden* Erkenntnis-
würde ein zum Schadensersatz *verurtheilendes*
Erkenntnis als offener Widerspruch gegen-
über stehen. Zwar kennt das Kriminalverfah-
ren keinen peremptorischen Beweistermin, wel-
cher dem Privatbetheiligten im Civilverfahren
entgegen gesetzt werden könnte: Aber soll-
ten wir nicht andere Gründe dafür antreffen?
Man erwäge doch, daß der Damnikat als
Zeuge auch über die ihm sonst noch bekann-
ten Beweise der That gefragt wird, daß Eid
und Bürgerpflicht ihn zur Angabe der Beweis-
mittel stärker als ein Beweistermin auffordern,
daß er sogar noch vor dem Schlusse des Ver-
fahrens vom Strafgerichte auf sein Privatinter-
esse aufmerksam gemacht wird: Sollte man
es ihm zugestehen können, im Civilverfahren
jene Beweise geltend zu machen, die er dem
Untersuchungsrichter sträflich verschwiegen hat?
Civilrechtlich kann er nur jene Beweise gel-
tend machen, die er *nach* dem *lossprechenden*
Urtheil aufgefunden hat, und nur innerhalb
der Frist, auf welche die Wiedereinsetzung in

den vorigen Stand beschränkt ist, und selbst wenn auf *versäumte* Beweise ein zur Strafe verurtheilendes Erkenntniß folgt, so leben dadurch die einmal erloschenen privatrechtlichen Forderungen nicht mehr auf. Bringt aber der Beschädigte neue Beweise bei, so müssen sie nach dem ersten Satze dieses §. 3. als eine Denunziation angesehen, an das Strafgericht verwiesen und nach den Bestimmungen des Strafgesetzbuchs über Wiederaufnahme der Untersuchung beurtheilt werden.

§. 4.

Verhältniß der Rechtssachen gegeneinander.

Bei dem Gegenstand der gerichtlichen Handlungen könnte die Doktrin manche Eintheilungen anführen, von welchen selbst in Ansehung des gerichtlichen Verfahrens besondere Rechte abhängen. Wo für Wechsel- und Handelssachen, desgleichen für Bergwerkssachen besondere Gerichte oft sogar mit einer besonderen Verfahrungsart eingesetzt sind, da bringt offenbar die Eigenschaft des Streitgegenstands eigene Rechtsfolgen hervor; von dem Betrage des Objekts hängt die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsmittels ab; auch ausser den civilrechtlichen Wirkungen des Unterschieds zwischen Eigenthum und Besitz haben gewisse Be-

sitzstreitigkeiten Eigenthümlichkeiten im Verfahren. Die Doktrin mag darauf bei dem Gegenstand der gerichtlichen Handlungen im Allgemeinen Rücksicht nehmen, ein Gesetzbuch aber verpflichtet ohne Schußform dergleichen Eintheilungen in die gesetzlichen Bestimmungen selbst, und behandelt sie an jenem Orte, wo ihre besonderen Wirkungen in natürlicher Verbindung vorkommen. Bei dieser Ansicht bleiben diesem Kapitel nur die im §. 4 — 7. behandelten Materien übrig.

Rechtssachen, von deren Verhältniß gegen einander die Frage seyn kann, stehen entweder unter sich in gar keiner Verbindung, oder es bestehet unter denselben eine Verbindung entweder in objektiver oder in subjektiver Hinsicht. Das erste veranlaßt wenige Bestimmungen, welche der §. 7. enthält, das zweite bedarf einer genauern Zergliederung.

Mehrere Rechtssachen stehen entweder in Ansehung des Gegenstands in Verbindung, oder sie werden durch Identität der streitenden Theile in Verbindung gesetzt. Der dritte Fall einer zugleich bestehenden objektiven und subjektiven Verbindung ist zwar möglich, sogar oft vorhanden, wenn z. B. die Widerklage aus

demselben Geschäfte entspringt, woraus geklagt wurde, oder wenn unter denselben Partheien eine Präjudicialfrage oder ein Incidentpunkt im Prozesse vorkommt; allein das Rechtsverhältniß wird dadurch nicht verändert, eines oder das andere herrscht vor, und nach ihm sind die Rechtsfolgen zu bemessen. Der gegenwärtige §. 4. handelt also von den bekannten vier Verbindungsarten.

Vorbereitungssachen (Num. 1.) der Regel nach vor dem Hauptverfahren erledigen zu lassen, ist aus mehreren Gründen nothwendig; gewöhnlich lassen sich beide in einem Verfahren nicht wohl verbinden, und das bekannte Exempel von Verbindung der actio ad exhibendum mit der Eigenthumsklage soll für mich sprechen, denn es bedarf einer geringen Einsicht, um zu wissen, daß die Vorzeigung unverzüglich geschehen, und deren Erfolg erst aufklären muß, ob der Kläger die andere Klage anstellen wolle, und daß es ins lächerliche fällt, wenn die Vorzeigung beweiset, daß der Beklagte diejenige Sache gar nicht besitzt, worauf die mit der Vorbereitungsklage verbundene Hauptklage gerichtet war; in andern Fällen kann dem Beklagten oft nicht einmal die Einlassung auf die Klage zugemuthet werden,

wenn z. B. ihm oder dem Kläger die Fähigkeit mangelt, vor Gericht zu handeln. Von dem Gerichtsstand habe ich absichtlich nichts gesagt, theils weil davon im folgenden Kapitel gehandelt werden kann, theils weil ich den Satz, welchen viele Praktiker bloß für den Gerichtsstand bei Aufforderungen zur Klage angeben, als müßte derselbe nach dem Forum der Hauptsache bemessen werden, durchaus für falsch halte. Wie sollte er auch, um nur ein Beispiel aus mehreren anzuführen, in dem Falle statt finden, wo der Kläger, um vor Gericht handeln zu können, einen Vormund braucht, und seine Person nicht unter dem Gerichtsstand des Beklagten steht? Die Ausnahmen z. B. bei Bevollmächtigung der Anwälte dilatorischer Einreden kommen am gehörigen Orte vor.

Bei allen andern Sachen, welche unter sich sowohl als in Ansehung der Partheien in Verbindung stehen, mußte (Num. 2.) zur Regel gemacht werden, daß sie soviel möglich zugleich verhandelt und entschieden werden sollen. Diese Vorschrift ist ein Hauptmittel zur Justizbeförderung, wozu brauchten wir zwei Prozesse, wenn einer zum Zwecke führt? Besonders für die sogenannten Präjudicialfra-

gen (Num. 3.), welche nicht blos als Klage, sondern auch als Einrede vorkommen, oft mitten im Prozesse neu entstehen können *) mußte jene Vorschrift ausgedrückt werden, denn man kann eben so die Verhandlungen über die Gröfse der Alimente mit der Paternitätsklage verbinden, wie mit der Eigenthumsklage die Früchte, mit der Darlehensklage die Zinnsen; nur leidet hier die Regel mehrere Ausnahmen, und es wird z. B. einem geistlichen Gerichte (wo diese noch bestehen) bei einer Ehescheidung nicht erlaubt, über die bürgerlichen Folgen derselben zu entscheiden, die Kriminalgerichte haben nur unter gewissen Einschränkungen das Recht, über die privatrechtlichen Ansprüche aus einem Verbrechen zu erkennen: öfters sistirt man den Streit über verwickelte Punkte, wenn sie durch die

*) Jenes, wenn einer Klage auf Alimente die Exceptio deficientis status filiationis entgegengesetzt wird, dieses wenn während des Streits Veränderungen eingetreten, Vergleiche abgeschlossen worden sind, und die Frage nun entstehet, ob nach jenen Veränderungen und Vergleichen annoch die Fortsetzung und Entscheidung des vorigen Prozesses nothwendig, oder ob nicht derselbe vielmehr erloschen sey?

Entscheidung eines andern, keiner weitläufigen Verhandlungen und Beweise bedürfenden Punktes, als zwecklos erscheinen. Man denke sich einen sehr verworrenen Societäts - oder Erbschaftsstreit, während dessen unter den Be-theiligten ein Vergleich zustand kommt, dessen Gültigkeit einige Interessenten bestreiten, daher auf Fortsetzung des vorigen Streits dringen. Hier kann das Gericht nach Erwägung der Umstände den vorigen Streit solange ausgesetzt lassen, bis sich zeigt, ob nicht jener Vergleich gültig, folglich der alte Streit ganz überflüssig sey. Aber diese Ausnahmen heben die Regel selbst nicht auf.

Nichts zeugt mehr von Schwäche der Legislation und nichts ist für die Nation verderblicher, als wenn aus einem Prozesse zwei und zwar so gemacht werden, daß der obsiegende Theil, wenn er alle Beschwerden eines Streits über sein Recht überhaupt (*quaestio an*) überwunden hat, über den Betrag desselben (*circa quantum*) noch einen neuen Streit mit gleicher Beschwerde führen muß. Dies ist das bekannte Mittel muthwilliger Streiter, dem nicht einmal der Kläger durch Verbindung beider Gegenstände im Klaglibell vorbeugen konnte, indem es dem Beklagten zustand, sich

bloß hinsichtlich des Rechts (an) auf die Klage einzulassen, mit Vorbehalt seiner Rechte über das Quantum. Diesem Mißbrauch mußte gesteuert werden, durch das allgemeine Gebot (Num. 4.) womit auch die besonderen Vorschriften bei der Klage und Antwort (Buch II. Kap. I. §. 1. u. 9.) harmoniren. Doch mußte das Gesetz den Beisatz: „*wo möglich*“ machen, denn bei manchen Klagen, besonders den sogenannten allgemeinen Klagen, welche mehrere Gegenstände nach gepflogener Berechnung, nach hergestelltem Inventar u. d. umfassen, ist dieses nicht möglich, wenn jene Berechnung oder das Inventar noch nicht vorhanden ist. Sobald aber die Verbindung geschehen kann, bleibt es bei der Regel.

Insonderheit bei Besitzstreitigkeiten (Num. 5.) ist die Trennung des *possessorii ordinarii* vom *Petitorium* nicht nur eine Quelle unnöthiger Prozesse, sondern selbst in einem wie im andern eine Quelle neuer Streitfragen z. B. wieferne petitorische Gründe zur Unterstützung des Besitzes (*ad colorandum possessorium*) benützt werden können, und wieferne ein titulirter Besitz dem Besitze ohne Rechtstitel vorgehe? Mag auch die *historische* Bearbeitung des *römischen* Rechts aus ihrer Quelle diese

oder jene Sätze ableiten, auf dem *legislativen* Standpunkt ist die Eintheilung aller Besitzstreitigkeiten nach dem in der Vernunft ewig gegründeten Unterschied nothwendig, ob am Besitze *blös das Faktum des Inhabens* im Gegensatze *faktischer* und als Selbsthülfe stets un-erlaubter *Störungen*, oder ob nicht das blosse Faktum, sondern vielmehr die *Rechtmässigkeit des Besitzes*, folglich der Besitz nach seinen rechtlichen Beziehungen in der Frage steht. Dort frage ich nur: wer besitzt wirklich oder wer hat der That nach besessen, und wer gestört? hier frage ich: welcher Besitz ist rechtmässig? dort gilt es dem Faktum hier der Rechtsqualität des Besitzes. So hat auch von jeher der gerade teutsche Sinn, erhaben über Subtilitäten, den Besitz aufgefaßt, so haben beide Reichsgerichte, die zuverlässigsten Organe des gemeinen teutschen Rechts, übereinstimmend und gleichförmig den Besitz aufgefaßt, und unzählbare Prozesse über die wichtigsten Gegenstände, selbst über Landeshoheit, entschieden. Dieser Gesichtspunkt ist im gegenwärtigen Entwurfe eingehalten worden, und so nothwendig es ist, Streitigkeiten über das Faktum des Besitzes (*possessorium summarium*) gesondert (Buch III. Kap. II.) sogar in einer besondern Prozessart verhandeln zu las-

sen, so zweckmässig war es, die Verbindung des Streits über das Besitzrecht (*possessorium ordinarium*) mit dem Streite über das Recht selbst (*petitorium*) anzubefehlen. Die Prozessgesetze von Oesterreich und Preussen bewähren auch die Zweckmässigkeit dieses Gebots. Nur mußte ich hievon jene *besonderen* Fälle ausnehmen, wo das Recht, den Besitz vor dem petitorischen Streite zu verlangen, mehr die Natur eines *provisorischen Zustands* kraft besonderer Gesetze als eines eigentlichen Streites über die Rechtsqualität eines Besitzes an sich trägt. Die bekannten Immissionen der Leibesfrucht oder in Kraft eines von sichtbaren Mängeln freien Testaments, sind hiefür Beispiele. Auch der Prozess biethet bei der Benennung des Beklagten (Kap. III. §. 3. num. 3.) einen besonderen Fall an. Anbei war es nothwendig, eine besondere Bestimmung (Num. 6.) zu geben, damit diese Verbindung keinen Theil weder in Ansehung der Beweislast noch in Ansehung der Hauptsache schadet.

Auch während des Streits kommen Streitpunkte vor, welche im Laufe des Prozesses eine Entscheidung fordern; sie sind unter dem Namen Incidentpunkte bekannt. Was der Text (Num. 7.) hierüber verordnet, bedarf keiner weitem Rechtfertigung.

Konnexe Sachen unter verschiedenen Partheien (Num. 8.), wie rückständige Deserviten des Advokaten, sind besondere Prozesse, und können blos einen ausserordentlichen Gerichtsstand begründen. Dafs die Prinzipalintervention hierunter nicht gezählt werden dürfe, erhellet aus ihrer Natur; sie ist zwar eine besondere Klage einer neuen Parthei, aber gerichtet gegen die beiden im Streit befangenen Theile, also kein besonderer Streit unter *verschiedenen* Partheien.

Die *subjektive* Verbindung mehrerer Streitsachen (Num. 9.) äussert sich durch *Klagenhäufung* und *Widerklage*, und hieraus wird die Stellung gerechtfertiget, welche beide Materien im Entwurf erhalten haben. Ob man nicht eben so gut davon bei den streitenden Theilen handeln könnte, darüber streite, wer mag. Der Zusammenhang, in welchem sie hier stehen, ist natürlich, und verdient schon desswegen den Vorzug, weil das Kapitel von streitenden Theilen ohnehin einen gröfseren Umfang hat.

§. 5.

Klagenhäufung.

Der Entwurf hat diese durchaus begünstiget, weil mir dafür überwiegende Gründe

aus dem Gebiete der Legislation und selbst aus dem Leben zu sprechen scheinen. Die Legislation muß streben, Prozesse und Kosten zu vermindern; warum will man die Partheien durch doppelte Ladungen, Termine, Schriften, Urtheile u. d. zu einem unnöthigen Aufwand zwingen, und selbst den Gerichten doppelte Mühe verursachen? Auch ist es nur Vorurtheil, wenn man von derselben Verwirrung im Prozesse fürchtet. Wie viele und verschiedene Punkte enthält oft eine einzige Klage aus einer Societät, Verwaltung, Vormundschaft, Erbschaft u. d. bei welchen wegen Einheit des ganzen Geschäfts an eine Trennung nicht gedacht wird: wie ungegründet ist also jene Furcht! und wo wirklich in einzelnen Fällen die Furcht gegründet ist, da mag eine Ausnahme eintreten, aber auf die Regel haben jene Besorgnisse keinen Einfluß. Nun lese man noch im Buche des Lebens! Es sagt uns, daß jeder Prozeß die Partheien in ein, gewissermassen feindliches, Verhältniß stellt, daß es daher weit räthlicher ist, alle Berührungspunkte unter ihnen in einem Streite auszumachen, als die Gährung der Gemüther durch eben so viele Stoffe, als Gegenstände, in neuen Prozessen fortwährend zu unterhalten.

Nachdem der Eingang die Klagenhäufung nur unter denselben Partheien zulässt, und hierdurch die *subjektive* Prüfung verbietet, begegnete ich einem wichtigen Unterschied, den schon die Praktiker unter dem Namen *elektive*, *alternative*, *successive*, *kumulative* Klagenhäufung kannten, die Legislation aber bisher zu wenig achtete.

Die *successive* Klagenhäufung, wovon die Klage *ad exhibendum* neben der *rei vindictio* und die *actio de partu agnoscendo* neben der *hereditatis petitio* zum Beispiel dient, ist eigentlich gar keine Klagenhäufung im engern Sinne, vielmehr muß die erste als Vorbereitungssache (§. 4. Num. 1.) die letzte als Präjudicialsache (§. 4. Num. 5.) angesehen und nach den bemerkten Vorschriften beurtheilt werden; die *elektive* Konkurrenz von Klagen, wo man von mehreren nur Eine wählen kann, schließt den Begriff von Klagenhäufung aus; es bleibt daher nur die *alternative* und *kumulative* Klagenhäufung übrig.

Zwischen beiden waltet jedoch ein wesentlicher Unterschied für die Legislation ob. Bei dem *kumulativen* Konkurse der Klagen hat sie ihr Amt erschöpft, wenn sie die Kla-

genhäufung *erlaubt*, bei der *alternativen* aber muß sie die Klagenhäufung *gebieten*. Aus einem und demselben Geschäfte entspringen oft mehrere Klagen, bald zu dem nämlichen, bald zu einem andern, aber verwandten Zwecke, wie die *actio publiciana* und *rei vindicatio*, die *querela nullitatis* und *inofficiosi testamenti*, diese und die *actio ad supplendum legitimam*, der Anspruch an eine Erbschaft *ex testamento vel ab intestato*. Wie sehr vermehrt die Legislation unnöthige Prozesse und die Schwierigkeiten über den Umfang der Rechtskraft, wenn sie hier die Klagenhäufung nur erlaubt, ohne sie zu gebieten! Auch handelt sie, woran man bisher noch gar nicht dachte, alsdann offenbar ungerecht. Die Rechte beider streitenden Theile sind gleich, so gerecht das Gesetz für den Kläger ist, indem es den Beklagten verbindet, *alle* seine Einreden *auf einmal* vorzutragen, eben so gerecht muß es für den Beklagten seyn, indem es den Kläger verbindet, *alle* seine Forderungsgründe aus einem Geschäfte *auf einmal* vorzubringen. Wie der Beklagte gegen die Erbschaftsklage die Einrede der Pflichtwidrigkeit und wenigstens der Ergänzung des Pflichttheils auf einmal bei Verlust derselben vorzubringen verbunden ist, eben so fordert, nicht bloß legislative Politik

zur

zur Abschneidung mehrerer Prozesse, sondern selbst die gleiche Gerechtigkeit gegen beide Theile, dem Kläger gleiche Verbindlichkeit aufzulegen.

§. 6.

Widerklage.

Solange man die Widerklage durch den Satz: *agnoscat judicem contra se, quem pro se agnovit*, ableitet, solange man die *Prorogation* des Gerichtsstands als den Hauptgesichtspunkt auffasst, solange erscheint sie als eine *Ausnahme* von der Regel, welche man lieber beschränken als erweitern soll. Aber die Sache hat noch eine Seite, und zwar eben diese halte ich für die allein richtige, der Gerichtsstand ist davon nur Vorbedingung oder Folge.

Wäre die Gegenforderung so beschaffen, daß sie von der Forderung subtrahirt werden könnte, wie dies bei fungiblen Sachen eintritt, so würde das, was man *Widerklage* nennt, die *Einrede* der Kompensation seyn; diese muß man zulassen, ungeachtet der Richter bei derselben im Grunde auch über Forderung und Gegenforderung entscheidet. Ferner kennen wir viele *judicia duplicia*, wo jeder Theil an den andern Forderungen macht, die keine ei-

gentliche Kompensation zulassen, und oft auf sehr verschiedenen Thatsachen beruhen. Warum findet man hier keinen Anstand bei Zulassung der Gegenforderung: worin soll der gültige Grund zu einem Anstand liegen, wenn in Form einer Gegenklage geltend gemacht wird, was der Beklagte, wenn seine Gegenforderung kompensabel, oder die Klage ein *judicium mixtum* wäre, ohne allen Zweifel im nämlichen Prozesse geltend machen könnte? Ich leite also die Widerklage aus einem ganz anderen Grunde ab. So gut nämlich der Kläger befugt ist, auf einmal und in einem Prozesse durch Klagenhäufung sein ganzes Rechtsverhältniß gegen den Beklagten ins Reine zu bringen, ebenso gut muß diese Befugniss dem Beklagten zustehen, er muß also, so gewiß er gleichartige Gegenforderungen in Form einer *Exceptio compensationis* vorbringen kann, auch ungleichartige Gegenforderungen in Form einer Widerklage vorbringen können. Dafür spricht auch Erfahrung im Leben. Mancher haßt Prozesse, und hält mit einer Forderung zurück, weil er weiß, seinem Gegner stehe auch eine wider ihn zu. Nun hebt dieser das friedliche Verhältniß durch Anstellung der Klage auf, was ist billiger, was gerechter, als dem Beklagten verstaten, daß er jetzt auch seine Forderung

geltend mache, und in einem Prozesse sein ganzes Rechtsverhältniß zu dem Gegner herstelle? Nach diesem Gesichtspunkt habe ich die Widerklage ebenfalls begünstiget, und die Reconventio (*Gegenforderung ex eodem negotio*) und zwischen mutua petitio (*Gegenforderung ex diversis negotiis*, oder *Widerklage*) nicht unterschieden, wenn der Beklagte zu der Zeit, wo er seine ganze Vertheidigung gegen die Klage vorbringen muß, auch die Widerklage anbringt. Nur dann, wenn er damit später auftreten will, habe ich der Widerklage bloß gegen Ausländer den effectum prorogationis beigelegt, weil es offenbar eine gegen die Maximen aller Staaten und selbst gegen die bei dem Arrestprozesse aufzustellenden Prinzipien laufende Härte seyn würde, einen Unterthan des eigenen Staats zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten gegen einen Ausländer anzuhalten, und ihn wegen seiner Rechte gegen denselben Ausländer der Diskretion ausländischer Gerichte zu überlassen. Der letzte Satz (Num. 5.) reconventio reconventionis non datur, hat seinen Grund darin, daß der Kläger, wenn er mehrere Forderungen wider den Beklagten auf einmal geltend machen wollte, dieses durch die Klagenhäufung hätte thun können und sollen; daß aber der darin liegende

Verzicht sich nicht auf dasjenige erstrecke, was der Kläger aus demselben Geschäfte vom Beklagten fordern kann, welches der Beklagte im Wege der Widerklage vor Gericht brachte.

§. 7.

Konkurrenz mehrerer Rechtssachen vor Gericht.

Den Schluß dieses Kapitels machen die Bestimmungen über den Ordo Causarum. Wenn auch die Gerichte alle Rechtssachen mit der promptesten Beförderung erledigen, so bedürfen sie doch Vorschriften über den Vorzug, worauf ein Streitgegenstand vor dem andern Anspruch hat; dieser wurde zuerst nach der *objektiven* Gefahr auf dem Verzuge, dann nach den *subjektiven* Verhältnissen der Personen bemessen, welchen eine gesetzliche Begünstigung zukommt.

Zweites Kapitel.

Von den Gerichten, dem Gerichtsstand
und den Gerichtspersonen.

§. 1.

Die bekannte Schulform, nach dem Objekte vom Subjekte zu handeln, hat in Gesetz- und Lehrbüchern über den Prozeß viele Verwirrungen dadurch hervorgebracht, daß man jenes *Subjekt* mit den *Personen* verwechselte, welche bei einem Rechtsstreite vorkommen können; daher man Gerichtspersonen, Partheien und Anwälte, als das Subjekt des Prozesses, in ein Kapitel zusammenfasste. Bei dieser widernatürlichen Ordnung waren die Gerichtspersonen getrennt vom Gerichte und Gerichtsstande, bei den streitenden Theilen mangelten ihre denkbaren verschiedenen Beziehungen und Eigenschaften, die Anwälte waren geschieden von der Bevollmächtigung, und eines gleichlautenden Ausdrucks wegen (*Legitimatio*) mußte man die Berichtigung der Partheien zur Streitführung (*ad causam*) im Kapitel von der Vollmacht aufsuchen. Diese Anordnung der Materien war sogar logisch unrichtig, denn wie *Rechtssachen* das *Objekt* sind, eben so sind

102 Buch I. Kap. II. Von den Gerichten,
nur die *Partheien* das *Subjekt* des Prozesses,
und vielmehr kommt ein Rechtsstreit bei dem
Richter, als der Richter bei einem Prozesse
vor. Durch die im Entwurf gewählte Ordnung
hoffe ich selbst der Doktrin einen Dienst ge-
leistet zu haben.

Die Einsetzung eines Richteramts im Staa-
te ist die Bedingung des rechtlichen Zustands
der Menschen, daher muß im Prozesse nach
dessen Gegenstand sogleich zu den *Gerichten*
übergegangen und mit diesen die davon un-
trennbare Lehre vom *Gerichtsstand* und den
Gerichtspersonen abgehandelt werden, denn
auf diese drei Hauptmomente geht das ganze
Gerichtswesen zurück. Die allgemeinen Be-
stimmungen, welche gegenwärtigem Kapitel
zur Einleitung dienen, fordern eine nähere
Betrachtung.

An der Spitze (Num. 1.) steht der im
rationellen Staatsrecht begründete Satz, die Ju-
stiz muß in allen Sachen im Namen des Re-
genten ausgeübt werden, mit einer so vorsich-
tigen Redaktion, daß er auch auf jene Staa-
ten paßt, welche die in Teutschland solange
einheimische Patrimonialgerichtsbarkeit beibe-
halten oder wieder einführen wollen. Nur

vom Regenten können die Hoheitsrechte ausgehen, unter welchen die Justizgewalt eines der erhabensten und wesentlichsten ist, und nur in einer Verleihung des Regenten findet jene Gerichtsbarkeit ihren rechtlichen Grund, wie sie denn auch nicht anders als abhängig von der obersten Staatsgewalt und unbeschadet aller übrigen landesherrlichen Rechte gedacht werden kann. Bleibt sie in dieser Abhängigkeit und mit den nöthigen Beschränkungen, welche ich in einem andern Werke *) längst vorgezeichnet habe, so kann man nach Erwägung aller dafür und dagegen vorgebrachten Gründe **) behaupten, daß die Patrimonialgerichtsbarkeit dem Staate ebensowenig schade, als das Patronatrecht der Kirche. Die vorbemerkte Abhängigkeit fordert aber, daß auch die Patrimonialgerichte die Justiz im Namen des Regenten ausüben; mit welcher Form sie die Eigenschaft eines landherrlichen und patri-

*) *Mein teutsches Staatsrecht* (Landshut 1804.)
§. 325.

**) Man sehe hierüber v. Holler *Geschichte und Würdigung der Patrimonialgerichtsbarkeit*, Landshut 1804. u. Pfeiffer *über die Grenzen der Civil-Patrimonialjurisdiction*, Göttingen 1806.

104 Buch I. Kap. II. Von den Gerichten,
monialen Gerichtes kennbar machen, gehört
mehr zu einem Reglement.

In der Hinweisung der administrativ - kontentiosen Rechtssachen an besondere Gerichte beruhet der ganze praktische Werth ihres Unterschieds von reinen Civiljustizsachen (Kap. I. §. 1.); ihr Rechtsverhältniß mußte daher (Num. 2.) durch den allgemeinen Satz ausgedrückt werden, daß die administrativen Behörden bei allen solchen Rechtssachen den richterlichen Charakter annehmen. Auch umfaßt er Alles; er spricht aus 1) daß sie dabei vom Einfluß des Kabinetts nicht mehr, als die Civilgerichte in reinen Civilsachen abhängen, 2) daß ihre Organisation nach den wesentlichen Bestimmungen über die Gerichte bemessen werden muß, und daß 3) auch über das gerichtliche Verfahren die Vorschriften dieses Gesetzbuchs zur Anwendung kommen.

Die Richteramtspersonen (Num. 3.) müssen zur Ausübung der Gerichtsbarkeit öffentlich angestellt und vom Staate in Pflichten genommen seyn. Kommissionen zu einzelnen Sachen sind dadurch nicht ausgeschlossen, doch müssen auch diese öffentlich benannt und wenigstens den Betheiligten kund gemacht

werden, denn geheime Kommissionen in Justizsachen sind ein Absurdum. Der Diensteid ist, wie bei allen Staatsdiensten *) vorzüglich bei den Richteramtspersonen unbedingt nothwendig, und richtig vergleicht Möser **) in seiner originellen Laune, den Richter, welcher sich auf seinen Amtseid beruft, mit einer Nonne, die allen Bemühungen ihres Liebhabers sicherer durch das Gelübde der Keuschheit widersteht, als wenn sie sich auf Gründe einlassen wollte. Auch die administrativen Behörden, soweit sie den richterlichen Charakter annehmen, müssen nach dem (Num. 4.) vorgeschriebenen Richtereid auf die Justizpflege verpflichtet werden.

Dafs die *Obergerichte* alle Rechtssachen in *Kollegialberathungen* (Num. 5.) entscheiden, fordert die Wichtigkeit der Rechtspflege und die Sicherheit des Rechts. Wenn auch die Meinung der Mehrheit nicht immer die bessere ist, so bewahrt doch die Kollegialberathung gegen Uebereilung und Einseitigkeit, die Be-

*) *Meine Schrift: der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie, Landshut 1808. §. 73.*

**) *Patriotische Phantasien, Th. II. Seite 557.*

dächtlichkeit und reife Erfahrung der älteren Mitglieder mildert das Feuer der Jüngeren, wie dieses zum Fortschreiten mit dem Zeitalter wirkt, Widerspruch in liberalen Diskussionen fördert die Wahrheit zu Tage, und Kollegialberathung leistet jedem Bürger die Garantie dafür, daß seine Rechtsache von der Leidenschaft oder Gemächlichkeit eines Menschen nicht abhängt. Bei den *Untergerichten* hingegen halte ich Kollegialverfassung weder für nothwendig noch für nützlich; ihre Hauptbestimmung ist eigentlich Instruktion der Sache, und diese Bestimmung können sie ganz erfüllen, da sie den Partheien, dem Streitgegenstand und den Beweismitteln näher liegen, als die Obergerichte; ihre Urtheile sind mehr ein Versuch, ob sich die Partheien bei dem Ausspruch beruhigen wollen, indem der Gebrauch eines Rechtsmittels das Erkenntniß der ersten Instanz sofort in einen problematischen Zustand versetzt. Wozu soll nun der große Aufwand dienen, der unvermeidlich ist, wenn man die Untergerichte mit Kollegialverfassung anordnet? warum soll man die ohnehin große Zahl von Staatsdienern ohne Noth vermehren, und sich eben dadurch die Besetzung der Gerichte mit gelehrten und ausgebildeten Männern erschweren? und wie wenig ist bei Untergerich-

ten, nach der Abhängigkeit vom Vorstand, in welche man die jüngeren Beisitzer versetzen muß, und bei der Menge und Verschiedenheit ihrer Geschäfte, an eine wahre Kollegialverfassung zu denken? Der Staat sichert das Recht genug, wenn er die Obergerichte mit Kollegialverfassung einsetzt, bei den Untergerichten ist sie entbehrlich, und sogar schädlich. Selbst in größeren Städten würde die Anordnung mehrerer Gerichte nach Bezirken erspriesslicher seyn, als die Vereinigung in ein mit vielen Gliedern besetztes Gericht; denn der Zusammenfluß vieler Geschäfte und Personen bringt allemal ein sehr schädliches Gewirre hervor. Nur in jenen Ländern, deren kommerzielle Verhältnisse die Anordnung besonderer Handels- und Wechselgerichte fordern, rathe ich bei diesen zu einer Ausnahme, da sie auch mit einigen Gliedern aus dem Handelsstande besetzt werden müssen.

Was die innere Verfassung der Kollegien betrifft, mußte als Gegenstand eines Reglements, im Gesetzbuch übergangen werden, nur die Zahl der zur Entscheidung nothwendigen Personen forderte in diesem eine Bestimmung, welche (§. 2. u. 3.) nach Verschiedenheit der zweiten und dritten Instanz zu bemessen war.

Dafs ein mit mehreren Gliedern besetztes Obergericht in Senate getheilt werde, um zur nämlichen Zeit mehrere Rechtssachen zu erledigen, und die Berathungen zweckmässig abzukürzen, versteht sich von selbst. Der Vorstand hat nur bei Stimmengleichheit eine, und zwar die entscheidende Stimme, theils damit nicht sein Ansehen auf die Stimmen der Räthe einwirke, theils damit er die Berathung selbst desto zweckmässiger leite. Uebrigens ist noch der Fall denkbar, dafs bei eingetretener Stimmengleichheit der Vorstand einer dritten Meinung sey, und hiernach seine Stimme für eine oder die andere Meinung kein Uebergewicht mache. Indessen hielt ich für diesen gewifs seltenen Fall eine Bestimmung im Gesetzbuch nicht für nothwendig, das Reglement kann dafür verordnen, dafs der Vorstand seine Meinung äussere, dann noch eine Umfrage halte, und wenn abermal keine Stimmenmehrheit herauskommt, die Adjunktion von zwei Räthen, oder auch von einem andern Senate erfolge.

Alle übrigen Punkte, besonders die Pflichten und Verrichtungen des subalternen Gerichtspersonals wurden (Num. 6.) den besondern Instruktionen überlassen.

In Ansehung des ganzen Kapitels muß ich vordersammst bemerken, daß nach meiner Ansicht das ganze Gerichtswesen auf *drei* Fragen zurückgehet, welche bisher großen Theils nicht richtig genug aufgefaßt und geschieden wurden: 1) *welche Gerichte* sind im Staate angeordnet? 2) nach welchen Rücksichten ist die *Zuständigkeit der Gerichte* in einzelnen Sachen zu bemessen? 3) was ist in Ansehung der *Gerichtspersonen* Rechtens? Insbesondere verwechselt man gewöhnlich die beiden ersten Fragen, so verschieden sie auch sind, wie schon daraus erhellt, daß es zwar kein *Arrestgericht* giebt, weil für Arrestsachen keine besondern Gerichte angeordnet sind, daß aber der Arrest den *Gerichtsstand* eines sonst inkompetenten Richters begründet. Bestehen in einem Lande für Bergwerks - Handel - Wechsel - Ehe - Sachen u. d. besondere Gerichte, so ist davon bei der ersten Frage: welche Gerichte angeordnet sind, nicht aber bei der zweiten Frage von der Kompetenz zu handeln; selbst die Lehre vom Gerichtsstande wird durch diese Ansicht berichtigt.

§. 2.

I. Von den Gerichten

a) In Civilsachen.

1) Oberappellationsgericht.

Die Frage, *welche Gerichte* sind im Staate angeordnet? wurde nach dem Unterschied zwischen reinen Civilsachen (§. 2 — 4.) und den administrativ-kontensiosen Sachen (§. 5 - 9.) beantwortet. Für beide schien mir rathlicher, in der Regel *drei Instanzen* anzuordnen, nicht blofs, weil wir Teutsche daran seit Jahrhunderten gewöhnt sind, sondern auch weil dafür andere überwiegende Gründe sprechen. Wollte man, wie in Frankreich, nur zwei Instanzen einsetzen, so müßten alle Untergerichte Kollegialverfassung haben, deren Unzweckmässigkeit vorher dargethan wurde; dabei wäre aber ein Kassationshof nicht zu entbehren, der so vielen Aufwand forderte, als ein Oberappellationsgericht, und dennoch, eben weil er das vorige Urtheil nur kassiren, nicht aber die Sache selbst weiter entscheiden kann, als ein sehr komplizirtes Institut vor jenem weit einfacheren keineswegs den Vorzug verdient.

Für das ganze Land habe ich nur ein Oberappellationsgericht vorgeschlagen; auch oh-

ne Rücksicht auf den gröfseren Aufwand, welchen mehrere oberste Gerichtshöfe für Lokale, Vorstände und das untergeordnete Personale verursachen, entscheidet dafür die Betrachtung, daß bei *einem* obersten Gerichtshofe zuverlässiger *ein* Geist der Justizpflege erhalten werden kann, der allein die Einheit der Gesetzgebung gegen verschiedene Systeme der Anwendung bewahrt. Sein Wirkungskreis (Num. 1 — 3.) ist nicht weiter angegeben, als unmittelbar zum gerichtlichen Verfahren gehört, insbesondere habe ich von dessen Aufsicht über die Appellationsgerichte nichts gesagt, weil sich dessen Gewalt, in einzelnen Sachen die wahrgenommenen Mängel zu rügen, von selbst versteht, übrigens aber die reinen Ausflüsse der Oberaufsicht auf die Gerichte mehr ein Gegenstand des Ministeriums der Justiz sind, und eine zu grofse Ausdehnung der Subordination der Appellationsgerichte unter den obersten Gerichtshof mit manchem Nachtheile verbunden ist, worunter der Nachtheil, daß die Mitglieder des obersten Gerichtshofes von ihrer Hauptbestimmung für gründliche Entscheidung jeder einzelnen an sie gelangenden Rechtsache, zu sehr abgezogen werden, gewifs eine bedeutende Stelle einnimmt. Entdeckt das Oberappellationsgericht bei einem Appellations-

gerichte erhebliche Mängel, so bleibt es ihm unbenommen, sie dem Justizministerium anzuzeigen.

Der Besorgniß, daß sich in einem Appellationsgerichte die Arbeiten von sämtlichen Appellationsgerichten in allzugroßer Zahl häuften, ist durch die Einschränkungen der Appellation an den obersten Gerichtshof, welche das vierte Buch enthält, vorgebeugt worden, wodurch es sich auch rechtfertiget, daß bei demselben zur Entscheidung einer Civilsache (Num. 4.) ein Senat von 6 Räthen nebst einem Vorstand erfordert wird. Dieses Minimum ist auch das Maximum und bei Anwesenheit mehrerer Räthe können diejenigen, welche das letztmal Vortrag erstattet oder eben einen wichtigen Vortrag unter der Feder haben, von der Sitzung entlassen, oder als Votanten in einem andern Senate verwendet werden.

§. 3.

2) *Appellationsgerichte.*

Wie bei der Staatsregierung, so bei der Justizpflege, müssen die Zwischenstellen in größerer Zahl angeordnet, und mit Rücksicht auf den geographischen Umfang des Staats im Lande vertheilt seyn; daher scheint es mir zweckmässig, in jedem Lande so viele Appellations-

lationsgerichte zu bestellen, als Kreisämter oder Provinzial-Regierungen sind. Für Kreise von kleinerem Umfang kann die Zahl der Vorstände und Räte vermindert werden. Der Wirkungskreis dieser Appellationsgerichte ist (Num. 1 - 3.) identisch mit dem obersten Gerichtshof, nur vereinigen sie in sich die Eigenschaft einer ersten Instanz (Num. 4.) derjenigen, welchen ein bevorzugter Gerichtsstand zukommt. In richtiger Abstufung habe ich zur Entscheidung einer Civilsache vier Räte nebst einem Vorstand (Num. 5.) erfordert.

§. 4.

3) *Untergерichte.*

Die Untergерichte, wohin auch die Patrimonialgerichte gehören, werden in der nöthigen Zahl angeordnet, die sich weder nach der Bevölkerung noch nach dem geographischen Umfang genau bestimmen läßt. Ihr Wirkungskreis ist angegeben, und dabei angedeutet, daß sich derselbe auch auf unstreitige Rechtssachen erstreckt, welches aber, wenn man die Gerichtsbarkeit in unstreitigen Rechtssachen bei dem fünften Buche im Ganzen normirt, hier gestrichen werden kann.

Von *besonderen Gerichten* für besondere Personen und Sachen ist hier nichts gemeldet,

weil darüber die eigenthümlichen Verhältnisse jedes Landes entscheiden, und ein Land ohne Bergwerke oder ohne bedeutenden Handel keiner eigenen Berg- oder Handelsgerichte bedarf. Mancher wird vielleicht insonderheit die geistlichen oder Ehegerichte vermissen; allein es giebt keine eigentlichen geistlichen Rechtsachen, und daß nicht nur die Civilsachen geistlicher Personen, sondern auch Ehestreitigkeiten, sogar über Gültigkeit oder Scheidung einer Ehe unter Katholischen, an die weltlichen Gerichte gewiesen werden können und sollen, erprobt das Beispiel von *Oesterreich* durch eine Verordnung des jetzt regierenden Kaisers Franz *), welche auch in dessen musterhaftes Civilgesetzbuch übertragen wurde.

§. 5.

B) In administrativ - kontentiosen Sachen.

1) *Staatsrath.*

Für die administrativ - kontentiosen Sachen ist die oberste Instanz im Kollegium der Staatsrath oder die oberste Landesregierung, wie man

*) d. d. Wien 15. April 1808. in v. Zeiller Beitrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den österreichischen Erbstaaten. Band III. Seite 94 ff.

es nennen mag, eben das, was für Civilsachen das Oberappellationsgericht; dasselbe muß daher auch mit einigen ausgezeichneten Justizmännern besetzt seyn, und gleich dem Oberappellationsgerichte die Initiative für seinen Wirkungskreis haben. Der Justizminister sollte dessen Präsident seyn, wie er in Frankreich zugleich Großrichter ist, und der ehemalige teutsche Reichsminister (der Reichs - Vizekanzler) im Reichshofrath das Präsidium führen konnte. Findet ein Staat räthlich, für Rechnungssachen seiner Administratoren einen obersten Rechnungshof zu errichten, wie vor einiger Zeit in *Baiern* wegen der Eigenthümlichkeit und Wichtigkeit der Rechnungssachen sehr zweckmässig geschah, so erhält man zwei oberste Gerichtshöfe, die *Oberlandes - Regierung* für jene Regiminalgegenstände, welche in zweiter Instanz von den Kreisämtern entschieden werden, und den *Ober - Rechnungshof* für die Finanzgegenstände, welche in voriger Instanz von den Finanzkammern entschieden wurden. Uebrigens kommen dem allgemeinen Grundsatz (§. 1.) zufolge die Bestimmungen über das Oberappellationsgericht in analoge Anwendung.

§. 6. u. §. 7.

2) *Zweite Instanz.*a) *Kreisämter.* b) *Finanzkammern.*

Administrative Gegenstände schlagen entweder in die Landesregierung oder in die Finanzen ein, und eben deswegen muß in zweiter Instanz eine zweifache Behörde seyn, für Regiminalsachen das Kreisamt, für Finanzsachen die Finanzkammer. Beide folgen der Analogie der Appellationsgerichte, und sind, gleich diesen, zugleich für manche Sachen die erste Instanz. Bei diesen Behörden habe ich für nützlich erachtet, ihren Wirkungskreis nicht allein durch einen allgemeinen Grundsatz zu bezeichnen, sondern auch die darin enthaltenen vorzüglichsten Gegenstände namhaft zu machen, ohne daß jedoch dadurch andere gleichartige Sachen ausgeschlossen wurden. Auf diese Art dienen diese zwei Paragraphen dem §. 1. des ersten Kapitels zur Erläuterung.

§. 8. u. §. 9.

3) *Erste Instanz.*a) *Polizeibehörden.* b) *Rentämter etc.*

Auch die erste Instanz mußte nach dem Unterschied zwischen Regiminal - und Finanz - Gegenständen getrennt werden. Die letzte in-

sonderheit hängt so sehr von den Finanzeinrichtungen jedes Staats ab, daß ich mich im Entwurfe auf ihre Andeutung beschränken mußte.

§. 10.

II. Von dem Gerichtsstand.

Allgemeine Bestimmungen.

Die zweite Frage, *welches Gericht ist zuständig?* bezieht sich nicht auf den Wirkungskreis eines jeden Gerichts überhaupt, sondern auf die bei Gericht anzubringenden Rechtssachen. Vier allgemeine Sätze wurden vorausgeschickt, welche für sich einleuchtend und aus der Prozeßtheorie bekannt sind. Welche Handlungen die Prävention des Gerichtsstands hervorbringen, ist aus dem Kapitel V. zu entnehmen.

Auch die Tabelle vom Gerichtsstand bedarf in manchen Punkten einer Verbesserung, und gewiß unrichtig hatte man bisher das Forum reale mit dem foro arresti und contractus in eine Klasse gestellt. Wollte man diese Tabelle ganz Schulgerecht machen, wie dieses in Voraussetzung mehrerer besonderen Gerichte z. B. Handels - Ehe - Bergwerks - Militär u. d. Gerichte allerdings nothwendig wäre, so müßte man zuerst den *ordentlichen* Gerichtsstand vom *ausserordentlichen* unterscheiden; jener

ist die Regel, dieser bringt eine Rechtssache an einen in derselben sonst nicht zuständigen Richter. Bei dem ausserordentlichen Gerichtsstand kommt keine Unterabtheilung vor, sondern man hat nur jene Fälle aufzuzählen, wo derselbe eintreten kann; bei dem ordentlichen Gerichtsstand aber kommen Abtheilungen vor, namentlich begegnet man Gerichten, an welche alle nicht besonders ausgenommene Sachen gebracht werden können, im Gegensatz jener Gerichte, deren Wirkungskreis auf besondere Sachen beschränkt ist, diese sind *besondere*, (*specialia*), welchen der *allgemeine* (*generale*) Gerichtsstand gegenüber steht, der nun selbst wieder in den *gemeinen* (*commune*) und *privilegirten* eingetheilt wird. Nach dieser Berichtigung können auch die Ueberschriften der folgenden Paragraphen im Texte verändert werden.

§. 11.

A) Allgemeiner Gerichtsstand.

1) Persönlicher.

Von hier an bis zum §. 17. wird der ordentliche Gerichtsstand und zwar zuerst der gemeine behandelt, von welchem der *persönliche* billig die erste Stelle einnimmt. Der *Wohnsitz* (*domicilium*) des Beklagten entscheidet hierüber, und die folgenden Bestimmungen

können nichts enthalten als eine Exposition dieses Grundsatzes. Was Domizil sey, und wie es erworben werde, muß das Civilgesetzbuch bestimmen.

Nur einige Sätze dieses §. bedürfen einer Erläuterung. Bei Kindern unter väterlicher Gewalt (Num. 3.) begnügte man sich sonst mit der Regel, daß sie dem Gerichtssand des Vaters folgen: wie aber, wenn sie vom Vaterhause weit entfernt in einem, jene Gewalt nicht aufhebenden Verhältnisse, als Handwerksgesellen, Dienstbothen, Studenten, Praktikanten u. d. leben, sollte der Kläger gezwungen werden können, seine Klage in jenem entfernten Gerichte anzubringen? Wittwen (Num. 5.) behalten zwar den Stand ihres verstorbenen Ehegatten, aber dessen Gerichtsstand nur solange, bis sie den Wittibstand oder ihren Wohnsitz verändern. Das letzte kann sogar mit Beibehaltung ihres privilegirten Gerichtsstands geschehen, wenn z. B. die Wittib eines höheren Staatsbeamten (§. 14.) ihren Wohnsitz in einem andern Kreise aufschlägt, wo sie zwar den privilegirten Gerichtsstand vor dem Appellationsgerichte dieses Kreises, aber doch gewiß nicht buchstäblich den Gerichtsstand ihres verstorbenen Ehegatten behält. Die Bestimmung

120 Buch I. Kap. II. Von den Gerichten,
über Forensen (Num. 9.) ist dem heutigen
Zustand der Souverainität gemäß, auch in al-
len Ländern nunmehr angenommen.

§. 12.

2) *Dinglicher.*

Den Gerichtsstand der liegenden Sache (forum reale) hat man bisher unrichtig unter die besonderen oder gar ausserordentlichen Gerichtsstände gezählt; ungeachtet derselbe für dingliche und possessorische Klagen, welche mehr gegen die Sache selbst als gegen die Person gerichtet sind, eben so gut der ordentliche Gerichtsstand ist, als der persönliche hinsichtlich der Personalklagen. Dieser Fehler wurde hier verbessert, und im Geiste der Gerichtsorganisation, nach welchem die Gerichte für Personen und Sachen innerhalb eines bestimmten Bezirkes angeordnet werden, die bekannte römische Kontrovers, ob Realklagen auch vor dem persönlichen Gerichtsstande des Beklagten angestellt werden können, verneinend entschieden.

§. 13.

3) *Privilegirter Gerichtsstand.*

a) *Der Personen des regierenden Hauses.*

Der privilegirte Gerichtsstand ist der ordentliche und allgemeine Gerichtsstand der Pri-

vilegirten, der sich sogar bei vielen Personen auch auf Realklagen erstreckt, wie die in vielen teutschen Ländern bekannte Schriftsässigkeit (im Gegensatz der Amtssässigkeit) beweiset. In monarchischen Staaten nehmen darunter die Glieder der regierenden Familie die erste Stelle ein, welche nicht nur bei allen Personal- und Realklagen als Beklagte in erster Instanz den Appellationsgerichten untergeben sind, sondern auch in Familiensachen, z. B. Ehe, Vormundschaft u. d. nach jenen eigenthümlichen Rücksichten, die ich an einem andern Orte *) ausführlicher dargelegt habe, unter dem vom Regenten anzuordnenden Familienrathe stehen.

§. 14.

b) *Anderer privilegirter Personen.*

Wenn ehemals der Vorzug des Gerichtsstands besonders dadurch übertrieben wurde, daß man denselben allen Staatsdienern (*forum ministrorum principis*) sammt ihrer Familie beilegte, so würde nunmehr die Sache von der andern Seite übertrieben, wenn man denselben ganz aufhobe. Auch darf man den bevorzug-

*) Archiv für die Gesetzgebung Band I. Heft I. No. VI.

ten Gerichtsstand nicht bloß als einen *Ehrevorzug* oder als eine Begünstigung betrachten, vielmehr sprechen dafür aus dem Leben noch manche andere Gründe, die sich besonders da, wo die erste Instanz keine Kollegialverfassung hat, von selbst darbiethen. Was ein Kollegium gegen einen gewichtvollen Mann im Staate erkennt, lastet auf keiner einzelnen Person, und das Ansehen eines Kollegiums wiegt das Ansehen einer mächtigen Parthei auf; auch sind die Räthe eines Obergerichts an Rang und Besoldung so gestellt, daß sie, beruhiget über ihre Zukunft, ohne *respectus humanus* handeln können; man erwäge dagegen das selbst für den Unterrichter unangenehme Verhältniß, wenn derselbe über Höhere, oft über seine Amtsvorgesetzte, richten soll! Von dieser Seite habe ich den bevorzugten Gerichtsstand aufgefaßt, und ich würde es nicht tadeln, wenn man denselben allen höheren Staatsdienern vom Rathe an aufwärts, selbst die Vorstände der Untergerichte mit einbegriffen, beilegte. Der privilegierte Gerichtsstand für Realklagen (Schriftsässigkeit) gehet mehr aus der Staatsverfassung jedes Landes hervor, und konnte im Entwurf nicht näher bestimmt werden.

§. 15. u. §. 16.

- c) *Auswärtiger Gesandten.* d) *Eigener Gesandten an
auswärtigen Höfen.*

Ueber den Gerichtsstand des gesandtschaftlichen Personals sind die Bestimmungen nach dem europäischen Völkerrechte abgemessen.

§. 17.

B) Besondere Gerichtsstände.

1) *Des Arrestes.*

Unter den ausserordentlichen (§. 10.) Gerichtsständen, wobei die Gerichtsbarkeit eines sonst in der Sache nicht kompetenten Gerichtes begründet wird, nimmt das bekannte Forum arresti die erste Stelle ein. Wann ein Arrest erkannt werden könne, und wann derselbe den ausserordentlichen Gerichtsstand über die Forderung selbst begründe? dies wurde dem dritten Buche vorbehalten, wo vom Arrestprozesse ausführlicher gehandelt wird.

§. 18.

2) *Einer geführten Verwaltung.*

Forderungen aus einer geführten Verwaltung, wenn nicht ein Streit über die Verwaltung selbst Präjudizialfrage der Forderung ist, also z. B. unstreitige Rechnungsreste, können

bei dem ordentlichen Gerichte des Beklagten geltend gemacht werden. Für eigentliche Streitigkeiten über eine geführte Verwaltung hingegen, liefert die Betrachtung, daß bei dem Gerichte, unter welchem sie geführt wurde, alle Mittel zur Erforschung der Wahrheit der Regel nach näher liegen, dem Gesetzgeber, einen Grund, dieses Gericht als ausserordentliches Forum eintreten zu lassen, und zwar nicht als Abkömmling des Gerichtsstands des Kontrakts, der auf anderen Gründen und Bedingungen beruhet, sondern als eine selbstständige Gattung.

Dabei mußte ich mir die Frage aufwerfen: ob derselbe als ausschliessend begründeter Gerichtsstand geboten, oder nach Wahl des Klägers bloß zugelassen werden soll? So bestimmt ich nach positivem Rechte der letzten Meinung *) bin, so sehr hielt ich auf dem legislativen Standpunkt den Unterschied zwischen einer von Staatswegen übertragenen Verwaltung und zwischen einer Privatverwaltung schon wegen der in jedem Staate angeordneten besonderen Rechnungsbehörden für nothwendig.

*) *Mein Handbuch* Band I. Abh. 11.

§. 19.

3) *Des Kontrakts.*

Der Gerichtsstand des Kontrakts beruhet auf der Ansicht, daß derjenige, welcher sich zu dessen Erfüllung an einem Orte verpflichtet, auch sich im voraus der Erfüllung halber dem Gerichte dieses Orts unterworfen hat; er ist aber nicht ausschliessend geboten, sondern nur zum Vortheil des Klägers erlaubt. Dem angegebenen Grunde gemäß tritt dieser Gerichtsstand (Num. 1.) nur in soweit ein, als auf *Erfüllung* geklagt wird, keineswegs also bei einer Klage auf *Vernichtung* oder *Auflösung* des Kontrakts. Doch ist es einerlei, ob die natürliche oder die virtuelle Erfüllung verlangt wird, und eine Entschädigungsklage wegen eines gar nicht oder nicht zur rechten Zeit erfüllten Vertrags kann als Klage auf dessen Erfüllung ohne Zweifel vor dem Gerichte des Kontrakts angebracht werden, weil sie nicht die Auflösung des Vertrags bezieht, sondern vielmehr die Gültigkeit des Vertrages voraussetzt, und die virtuelle Erfüllung durch Schadensersatz von der natürlichen Erfüllung im Rechtssinne gar nicht verschieden ist. Das Gericht jenes Orts, wo der Vertrag erfüllt werden soll, ist zuständig, und dafür wird im Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung der Ort gehalten, wo derselbe sei-

ne Vollkommenheit erlangte. Doch kann dieser Gerichtsstand nur dann begründet werden, wenn der Beklagte persönlich oder von dessen Vermögen ein Gegenstand der Vollstreckung sich dortselbst befindet. Gewöhnlich wird dieses bei Fremden mit einem Arreste verbunden, aber auch bei Inländern ist diese Voraussetzung geltend, ungeachtet unter denselben in der Regel kein Arrest statt findet. Wer einem durchreisenden Fremden (Num. 2.) wissentlich kreditirte, kann diesen Gerichtsstand nur nach der Verfallzeit geltend machen, unbeschadet seines Rechts, bei besonderer Gefahr seine Forderung sicher zu stellen. Unter Inländern (Num. 3.) hielt ich eine Beschränkung dieses Gerichtsstands für zweckmässig, damit nicht die Ausnahmen ohne dringende Gründe vermehrt werden.

§. 20.

4) *Des Zusammenhangs der Sachen.*

Der Zusammenhang ist unter zweierlei Beziehungen denkbar, entweder erstens so, dass verschiedene Streitsachen unter sich in einer objektiven Verbindung stehen, oder zweitens so, dass eine Streitsache mehrere Beklagte oder mehrere Gegenstände, die unter verschiedenen Gerichten stehen, umfasst, jenes

nennt man *Connexitas causarum*, wobei mehrere Streitsachen, dieses *Continentia causae*, wobei in einer Streitsache mehrere Beklagte oder Objekte vorhanden sind. Von den Wirkungen der Konnexität in Ansehung des Gerichtsstands (Num. 1.) sind die Wirkungen der Kontinenz (Num. 2 — 4.), diese mag die mit einer Klage zu belangenden Personen oder mit einer Realklage zu verfolgenden Sachen angehen, sorgfältig unterschieden worden. Im Falle der Kontinenz ist die Zulassung eines außerordentlichen Gerichtsstands zur Vermeidung theils unnöthiger Prozesse, theils differenter Urtheile nothwendig *).

§. 21.

5) *Im Fall der Rekusation eines Gerichts oder der verweigerten und verzögerten Rechtspflege.*

Die Rekusation eines Gerichts, desgleichen die beharrliche Verweigerung oder Verzögerung der Rechtspflege führt die Nothwendigkeit herbei, die Sache einem andern Gerichte zu übertragen, doch kann dieses nur durch

*) Man vergleiche L. 1. D. de quibus rebus ad eundem judicem. L. 14. C. de sentent. L. 20. C. de jud. *Mein Handb. B. I. Abh. 19. §. 20.*

das nächste Obergericht geschehen. Indessen darf hieraus niemals eine Veränderung oder Mehrung der Instanzen entstehen, weil sonst die Schuld eines Andern die Partheien um ihr Recht auf die ordnungsmässigen Instanzen brächte. Der bei einigen Gerichten vormals übliche Avokationsprozess ist demnach als widerrechtlich hier sowohl als im Buch IV. Kap. IV. abgeschafft.

§. 22.

6) *Prorogation des Gerichtsstands.*

Wenn gleich der Unterthan auf das Recht, nur bei dem zuständigen Richter belangt zu werden, Verzicht leisten, und durch wechselseitige Einwilligung beider Partheien die Jurisdiktion eines sonst nicht kompetenten Richters begründet werden kann, so leidet dieses doch (Num. 1.) die allgemeine Einschränkung, daß kein Unterthan durch einen Akt der Willkühr die Gerichtsbarkeit eines auswärtigen Staats über sich anerkennen darf, weil er hierdurch die Bürgerpflicht gegen seinen Staat verletzen würde. Indessen ist diese Beschränkung nur von der freiwilligen Anerkennung zu verstehen, und darunter weder der Fall der unfreiwilligen Prorogation bei der Widerklage, noch ein anderer von jenen Fällen begriffen, in welchen

chen

chen nach gegenwärtigem Gesetzbuch Ausländer vor inländischen Gerichten belangt werden können, weil die Staaten heutzutage gegeneinander die Reziprozität beobachten. Sonderbar ist es, daß die Gesetzbücher diese letzte Ausnahme gewöhnlich mit Stillschweigen umgangen haben:

Selbst vor inländischen Gerichten soll das Gesetz die freiwillige Prorogation nicht begünstigen, denn sie ist allemal eine Abweichung von der Ordnung; ich habe daher (Num. 2.) die Gerichte verbunden, vor Einleitung des Prozesses ihre Kompetenz von Amtswegen zu prüfen. Doch entstehet aus der Unterlassung keine Nichtigkeit, wenn der Beklagte sich gültig vor einem inkompetenten Richter einläßt, vielmehr wird (Num. 3.) dessen Gerichtsbarkeit durch Einlassung beider Theile begründet, vorausgesetzt, daß der Richter jene Gattung von Jurisdiktion hat, zu welcher die Sache gehört. Ob die Partheien die Inkompetenz kannten oder nicht, darauf kommt es nicht an, theils weil dieselben sich es selbst zuschreiben müssen, wenn sie die Kompetenz nicht erwogen haben, theils weil sonst nur der Saamen zu neuen Prozessen über jene Wissenschaft ausgestreut würde.

Von der nothwendigen Prorogation bei der Widerklage war hier nichts mehr zu sagen, da sie schon im Kap. I. §. 6. behandelt wurde.

§. 23.

Verhältniß der Gerichte gegen einander.

Bei dem Rechtsverhältniß der Gerichte war es nothwendig, die Beziehung der Gerichte gegen einander von dem Verhältniß der Gerichte zu den Partheien zu trennen.

Bei den Gerichten unter sich muß das Gesetz durch ein strenges Verbot (Num. 1.) den Konflikten vorbeugen, sie mögen darin bestehen, daß jede Behörde sich den Gegenstand zueignen oder von sich abweisen und der andern zuwälzen will. Entstehen aber Konflikte, so werden sie nach Umständen (Num. 2.) vom Staatsrath oder von dem einschlägigen Obergerichte oder Ministerium entschieden. Ein Rechtsstreit unter den Behörden über ihre Kompetenz würde eine Schwäche der Regierung bezeugen, darf also niemals zugelassen, und noch weniger gegen eine durchgreifende Verfügung der vorgesetzten Stelle der Gebrauch eines Rechtsmittels verstattet werden.

Unter sich sind sämtliche Behörden (N. 3.) verbunden, auf gehörige Requisition eines in-

ländischen Gerichts die nachgesuchten Verfügungen zur Rechtshülfe zu treffen; die Verantwortlichkeit haftet auf dem Requirenten. Eben dieses findet bei Requisitionen ausländischer Gerichte (Num. 4.) statt, wenn diese das Reziprokom beobachten, mit Ausnahme der Vollstreckung ausländischer Erkenntnisse gegen Landesunterthanen, als welche sich nach besonderen Verordnungen richtet, auch darf kein Unterthan persönlich ausser Landes z. B. zur Zeugenvernehmung gestellt werden. Die Regel fließt aus dem Weltbürgerrecht, welches nicht erlaubt, den Rechtszustand durch ein abschneidendes Isoliren der bestehenden Staaten zu hindern; die beiden Ausnahmen aber sind nothwendig, damit jene Regel nicht zum Schaden der eigenen Landesunterthanen missbraucht werde. Von dem Subordinationsverhältnisse der verschiedenen Gerichte und von dessen Wirkungen zu handeln, schien mir überflüssig, da sich dasselbe nach dem Gerichtsorganismus von selbst versteht:

§. 24:

Rechte und Verbindlichkeiten der Gerichte in Ansehung der Partheien.

Die Bestimmungen dieses §. bedürfen einer besonderen Rechtfertigung nicht; zur Er-

läuterung berufe ich mich auf die hierüber schon früher gelieferte Abhandlungen *).

§. 25.

III. Von Gerichtspersonen.

Wer Richter seyn könne?

Bei den Gerichtspersonen, und der Frage, wer Richter seyn könne, haben sich viele Gesetz- und Lehrbücher in die Aufzählung der Eigenschaften nach Alter, Studien, Kenntnissen u. d. verlohren, welche zur Erlangung einer Richterstelle erfordert werden; allein ich sehe dieses mehr als einen reglementären Gegenstand an, und ohne eben an den Spruch zu glauben, *wem Gott gibt ein Amt, dem gibt er auch Verstand*, bin ich überzeugt, daß sich ein Gesetzbuch über jene Eigenschaften schon deswegen nicht verbreiten soll, weil sonst die Taufscheine, Studienatteste und Prüfungslisten der Richter in den Gerichten zur Einsicht offen vorliegen müßten; ohnehin sind unsere Regierungen strenge in der Auswahl ihrer Staatsdiener, und so stehet denn, statt aller Aufzählung der Eigenschaften eines Richters, der Satz (Num. 1.) fest, daß

*) Handbuch Band I. Abh. IX.

nur derjenige das Richteramt ausüben kann, der vom Staate dazu ermächtigt ist und den Amtseid abgelegt hat. Jene Ermächtigung schließt auch die Patrimonialrichter in sich. Wieweit die Obergerichte eine Sache von einem Untergerichte an ein anderes verweisen, oder einem ihrer Mitglieder als Kommissair übertragen können, forderte (Num. 2. u. 3.) eine genaue Bestimmung. Bei Untergerichten kommt es darauf an, ob an denselben neben dem Unterrichter noch ein Gehülfe, wie er auch heiße, angestellt ist oder nicht, im ersten Fall (Num. 4.) vertritt dieser bei Verhinderung des Richters dessen Stelle, im zweiten Falle (Num. 5.) mußte allgemein die Uebertragung der Jurisdiktion durch Privatvollmacht, die sogenannte Jurisdictio mandata, verboten werden; wo indessen die Untergerichte aus einer einzigen Person ohne Adjunkten bestehen, da muß bei Verhinderung eines Richters für dessen Stellvertretung durch den nächstgelegenen Richter gesorgt werden.

§. 26.

Unfähigkeitsgründe der Richteramtspersonen und deren Rekusation.

Die Justiz muß *unpartheiisch* verwaltet werden, und der Gesetzgeber die Menschen

nehmen, wie sie gewöhnlich sind, nach den Gesinnungen, Leidenschaften und Beweggründen, welche auf ihre Handlungen im gewöhnlichen Laufe Einfluss haben. Es kann viele Menschen geben, welche edel genug denken, auch in eigener Sache, auch gegen ihr Interesse nach Wahrheit und Recht zu sprechen, und alle Leidenschaften oder Rücksichten dem Rufe ihrer Amtspflicht unterzuordnen; der Gesetzgeber darf aber seine Bestimmungen nach solchen ungewöhnlichen und ungewissen Erscheinungen nicht abmessen. Nur von solchen Richtern in Rechtssachen abhängen, auf welchen kein Verdacht einer Partheilichkeit lastet, dies beruhiget den Bürger über die Sicherheit seiner Rechte, und der Gesetzgeber muß jenes angeborne Gefühl der Menschen respektiren.

Man begegnet zweierlei Verhältnissen, in welchen der Richter zu einer Streitsache hinsichtlich des Objekts oder der streitenden Theile sich befinden kann; einige sind so beschaffen, daß sie vor den Augen des Gesetzgebers dessen Unpartheilichkeit bestimmt und ganz aufheben, andere hingegen lassen dessen Unpartheilichkeit zweifelhaft. Jene nennt man Unfähigkeitsgründe, diese Verdachtsgründe, und zwischen beiden waltet der Unterschied

ob, daß der unfähige Richter in einer Sache gültig nicht handeln kann, daher auch ohne Rekusation sich selbst des Richteramts in derselben gänzlich enthalten muß; wogegen der verdächtige Richter bis zur förmlichen Rekusation gültig handelt, und aus eigenem Antriebe sich des Richteramts zu enthalten nicht verbunden ist.

Unfähig ist eigentlich derjenige, welcher Richter in eigener Sache seyn würde; dieses tritt aber nicht nur bei einem unmittelbaren, sondern auch bei einem mittelbaren Interesse am Streite oder an einem streitenden Theile ein, und hiernach wurden (Num. 1.) die Unfähigkeitsgründe bemessen.

Hinsichtlich der Verdachtsgründe (Num. 2.) konnte auf die Bestimmungen von Zeugen verwiesen werden.

Die bekannte Kontrovers: ob ein ganzes Gericht, besonders ein Kollegium, rekusirt werden könne? wurde (Num. 3.) bejahend entschieden, und zwar nicht bloß auf den ohnehin unbestreitbaren Fall, wenn der Verdachtsgrund dasselbe als Gericht betrifft *), sondern

*) Vergl. *mein Handb.* Band I. Abh. XII.

auch auf den Fall, wenn sovieler einzelne Mitglieder rekusirt werden können, daß die Unverdächtigen nicht mehr die zur Entscheidung gesetzmässige Zahl ausmachen. Größere Staaten haben ohnehin mehrere gleichartige Kollegien, welchen die Sache in einem solchen Fall übertragen werden kann; und kleineren Ländern biethet die Aktenversendung an eine Juristenfakultät ein passendes Auskunftsmittel dar. Ueberhaupt müssen Rekusationen mit einer gewissen Liberalität beurtheilt werden, man soll zwar nicht jedem Vorurtheile fröhnen, nicht wegen eines seichten Vorwands eine Staatsbehörde umgehen lassen, aber auch keine übermässige Strenge bei Rekusationen beobachten; denn es ist eine gewaltige Härte, wenn man dem Bürger eine Person als Richter aufdringt, in deren Urpartheilichkeit er nun einmal Mißtrauen setzt, und die er eben durch die Rekusation gegen sich gereizt hat; oft hängt an feinen unsichtbaren Fäden dasjenige, was die Besorgnisse gegen den geraden Justizlauf erweckt, oft liegt es in Verhältnissen, deren Berührung sogar gefährlich ist. Hiezu rechne man noch, daß der Richter durch Zulassung der Rekusation nichts verliert, während für die Parthei durch Abwei-

sung der Rekusation oft Alles auf dem Spiele steht *).

Bei Rekusation eines Kollegialraths kann man ohnedies einen schonenden und leichten Weg einschlagen, welchen ich (Num. 6.) angedeutet habe. Der einzelne Rath kann durch ein anderes Referat oder in einem andern Senate beschäftigt werden, ohne daß man eines förmlichen Kollegialschlusses zur Entscheidung der Rekusation bedarf, welche oft dem rekusirten Rathe selbst unangenehm wäre. Hier genügt die Anzeige an das Direktorium, welches den Werth der Rekusation prüft, und die angezeigten schonenden Mittel ergreift. Bei der Rekusation eines ganzen Gerichtes hingegen, so wie des Richters bei einem Gerichte ohne Kollegialverfassung, muß das Gesetz auf der bestimmten Anzeige eines vom Gesetze anerkannten Grundes und auf dessen Bescheinigung, in deren Stelle der bekannte Perhorreszenzeid tritt, bestehen. Dergleichen Rekusationen (Num. 4.) müssen bei dem näch-

*) Sehr schöne, auch für bürgerliche Rechtssachen gültige Bemerkungen, macht v. Seuffert, von dem Rechte des peinlich Angeklagten seinen Richter auszuschliessen, Würzburg 1787.

138 Buch I. Kap. II. Von den Gerichten,
sten Obergerichte angebracht werden. In kei-
nem Falle ist der rekusirte Richter, wenn der
Rekusion statt gegeben wird, zur Ergrei-
fung eines Rechtsmittels befugt, weil derselbe
dabei nichts an seinen wirklichen Rechten ver-
liert.

§. 27. u. §. 28.

*Sekretarien und Aktuare, Gerichtsdienner, Kanzlei-
boten u. d.*

Von diesem untergeordneten Gerichtspersonale sind nur jene Punkte ausgehoben worden, welche auf die Form und Glaubwürdigkeit der gerichtlichen Handlungen Einfluss haben; das übrige bleibt der Amtsinstruktion vorbehalten.

§. 29.

Notarien.

Das Amt der kaiserlichen Notarien hat durch die Erlöschung der teutschen Reichsverfassung eine grosse Veränderung erlitten. Zur Aufnahme unstreitiger Rechtsgeschäfte sie ferner zu verwenden, hielt ich für bedenklich, ich habe daher ihr Amt auf Wechselproteste und Insinuationen beschränkt, und die Form ihrer Instrumente und Sigille mit Umgehung der ganz überflüssigen Römerzinnszahl (Indi-

ctio) nach dem heutigen Zustand der Souveränität normirt,

§. 30.

Syndicatsklage.

Die Entschädigungsklage gegen den Richter mußte aus dem Kapitel von Rechtsmitteln verschwinden. Sollte das Civilgesetzbuch eines Landes diese, wie ich selbst bekenne, civilrechtliche Bestimmungen in sich enthalten, so mag dieser §. im Prozeßkodex gestrichen werden.

§. 31.

Von Schiedsrichtern.

Den Beschluß dieses Kapitels machen die *Schiedsrichter* *) ein altes und bei allen Völkern vorkommendes Institut, welches für Minderung und Abkürzung der Prozesse viel Gutes stiften kann, wenn es aus dem wahren Gesichtspunkte aufgefaßt wird, welches aber dieses Ziel nach seiner bisherigen Behandlung nicht mehr erreicht, daher beinahe veraltet ist, weil es die Gesetze von den Römern an bis zum Code de procedure civile ohne Ausnahme aus

*) Vergl. mein Archiv für die Gesetzgebung Band IV. Num. VIII. S. 419.

einem falschen Gesichtspunkte aufgefaßt haben. Ergreift man nämlich die *Schiedsrichter*, die ich lieber *Schiedsmänner* nennen möchte, als *gewillkührte Richter*, glaubt man, Arbitri seyen ad similitudinem *judiciorum* (wie das Römische Recht im L. 1. D. de receptis ausdrücklich sagt) so ist ihr Veralten sehr erklärbar. Sie waren nothwendig, solange es einer Nation an Gerichten mit guter Organisation mangelt, und werden überflüssig, sobald der Staat das Gerichtswesen gut ordnet, denn wozu soll ein Gleichniß dienen, wo man die Sache selbst hat, die man durch eine Aehnlichkeit ersetzen will? Sind Arbitri nichts als *judicia conventionalia*, vor welchen nach allen Formen prozessirt, von deren Sprüchen appellirt wird, so darf sie als Bastarden kein Gesetz in einem Staate dulden, wo die Gerichte gut organisirt sind; denn wer prozessiren will, hat dafür in den Gerichten sein Institut, und es widerstrebt aller Politik der Legislation, für einen Zweck mehrere Institute zu sanktioniren. Sie sind dann nur das Produkt entweder eines Mißtrauens gegen die vom Staate eingesetzten Richter, oder des Bestrebens, den Staat um die Abgaben zu bringen, die er für den Unterhalt der Gerichte mittelst der Taxen erhebt. Schiedsrichter als *Judicia*, vor wel-

chen förmlich prozessirt werden soll, sind ein inkonsequentes und höchst komplizirtes Institut. *Inkonsequent*, da man Personen als *Richter* anerkannt, die vom Staate nicht bestellt, auf die Justiz nicht verpflichtet, dafür nicht geprüft, mit den Attributen zur Justizpflege und mit dem öffentlichen Glauben nicht versehen sind. *Komplicirt*, denn in wie viele Streitfragen verfällt man, wenn vor Schiedsrichtern der Prozeß *servato juris ordine*, wie man sagt, geführt werden soll! Da muß bestimmt werden, ob vor ihnen eine Rekonvention, eine Litisdenunziation, Intervention u. d. angebracht werden könne, ob sie Zeugen eidlich vernehmen, den Partheien Eide abnehmen, dieselben in integrum restituiren dürfen u. d. m.? und dieses alles für ein Institut, das bei *vollendeter Gerichte ad similitudinem judiciorum* ganz entbehrlich ist! Wahrhaft, wenn Schiedsrichter *nichts anders* seyn können, so muß man sie im Gesetzbuch verbieten.

Inzwischen fand ich in der Geschichte selbst von Teutschland in den *alten Austrägen* den wahren Gesichtspunkt, aus welchem die Legislation die Schiedsrichter ergreifen muß, den Gesichtspunkt, der auch unsren heutigen Staatseinrichtungen und den Rechts-

142 Buch I. Kap. II. Von den Gerichten,
prinzipien vollkommen anpaßt, zu einem
ganz einfachen konsequenten Resultate führt,
und die Schiedsrichter zu einem sehr wohlthä-
tigen Institute erhebt.

Oft liegt in veralteten Instituten viel Wei-
ses und Gutes, wenn man sie neu belebt.
Nur suche man die neue Belebung nicht in
einer mehr detailirten und subtilen Zergliede-
rung des Instituts, wie es nach seiner Ver-
schlimmerung durch die Zeit verbildet da ste-
het. Der Legislator muß das neue Leben im
Geiste der Institute aufsuchen, denn nur der
Geist belebt, die feinste Zergliederung belebt
den leblosen Körper nicht, sie tödtet ihn viel-
mehr ganz. Mir waren jene Inkonsequenzen
und Komplikationen eben so viele Beweise, daß
es dem Institute, das den schlichten Verstand
so mächtig anspricht, *am Geiste*, am wahren
Prinzip mangle.

Daß Schiedsrichter durch einen *Vertrag*
der Partheien zur *Schlichtung ihres Streits* er-
nannt werden; daß nur von jenen Personen
und in jenen Sachen, worin ein *Vergleich*
statt findet, Schiedsrichter ernannt werden kön-
nen, ist gewiß, und eben der Satz, von dem
alle Gesetzbücher wirklich ausgehen. Warum

stellte man nicht anstatt des Satzes: Arbitri ad similitudinem judiciorum rediguntur, den Satz an die Spitze: Arbitri ad similitudinem transactionum nominantur? Warum blieb man nicht auf dem Wege von dem man ausgieng?

Der Gesichtspunkt von einem *Vergleiche* ist es, unter dem man Schiedsrichter auffassen, und den man in allen Bestimmungen einhalten muß, um ein konsequentes, in unsere Verfassung passendes, einfaches und wohlthätiges Institut durch sie aufzustellen. Das waren auch die alten Austräge, bis die Reichsgesetze mit einem wahren Mißgriffe sie durch Beilegung einer perpetuae Commissionis Caesareae in ein Gericht umgeschaffen, und eben dadurch jenes Institut zerstört haben. Wenn zwei Personen darüber einig sind, daß sie ihren Streit nicht im Prozeßwege ausmachen, sich aber auch nicht durch bedungene wechselseitige Opfer vergleichen, sondern sich dem Ausspruch gewählter Schiedsmänner unterwerfen wollen, so ist das ein *bedingter Vergleich*, gerade so, wie es ein *bedingter Kauff* ist, wenn zwei Kontrahenten über den Kauff und die Sache einig sind, aber die Bestimmung des Preises von der Schätzung einer gewissen Person abhängig machen. Diese Analogie vom *bedingten Kauffe* zeigt in Ue-

bereinstimmung des Lebens mit den Prinzipien, daß *Vergleich* am Institute der Schiedsrichter vorherrschendes Prinzip seyn müsse.

So habe ich dieses Institut aufgefaßt und durchgeführt. Dem zufolge brauchte ich nichts über die Person der Schiedsrichter zu sagen, ad similitudinem judiciorum wären viele Normen nothwendig gewesen. Die Fragen von Rekonvention, Litisdenuziation, Intervention, Appellation, Restitution, Zeugenverhör, Eidesleistung fallen als unnütz von selbst hinweg; Prozeßführen vor Schiedsrichtern ist schlechthin verboten; die Kompromittenten müssen mit dem Kompromisse ihren Status causae et controversiae verbinden, wobei sie jedoch auch ihre Gründe pro et contra ausführen können; die Schiedsmänner haben nichts servato juris ordine zu instruiren, sondern blos nach ihrer besten Ueberzeugung ex aequo et bono über diese Sache ihren Spruch zu fällen, und da keine Appellation dagegen statt findet, so können sie, wie die vormaligen teutschen *Austräge*, auf eine gerechte und billige Art die Partheien rechtlich auseinandersetzen, und so ist ihr Spruch zwischen einem *beiderseits nachlassenden Vergleiche* und zwischen einem *buchstäblich strengen richterlichen Urtheile* als
ein

ein Spruch, der *Recht und Billigkeit* ins Gleichgewicht bringt, der glückliche Mittelweg, das Institut selbst eine Ergänzung der sonst herrschenden Lücke, und nur unter dieser Voraussetzung konnte man einen Zeitpunkt bestimmen, innerhalb dessen die Schiedsrichter den Ausspruch fällen sollen. In dieser Einfachheit stehet nun das *Institut der Arbitrage* da, dem ich gerne anstatt des Worts *Schiedsrichter*, weil das Wort *Richter* dessen Charakter nicht ganz entspricht, einen andern Namen gegeben hätte, wenn unsere teutsche Sprache dafür ein bestimmtes Wort darböthe.

Drittes Kapitel.

Von den streitenden Theilen.

§. 1.

Wer vor Gericht handeln könne.

Dieses Kapitel erhielt eine grössere Ausdehnung, als es in Gesetzbüchern und doktrinellen Werken bisher hatte. Man faßte die Benennung des Auctors, Intervention, Streitverkündung u. d. als gerichtliche *Handlung* auf, und da man keinen Platz fand, an welchem

diese Handlungen, so bestimmt, wie die Replik nach der Exzeption folgt, so stellte man sie als prozessualische *Zwischenhandlungen* willkürlich hin, so nahe auch der wahre Gesichtspunkt liegt, aus welchem diese Materien betrachtet und in einem richtigen Systeme geordnet werden müssen. Sie sind nichts anders, als besondere Eigenschaften und Beziehungen, unter welchen verschiedene Personen als streitende Theile bei einem Prozesse gedacht werden können, also einheimisch in jenem Kapitel, welches den streitenden Theilen gewidmet ist *).

Wer immer vor Gericht in einer Rechtssache auftreten will, in welcher Eigenschaft dies auch seyn mag, der muß überhaupt fähig seyn, vor Gericht in eigener Sache zu handeln, und anebst der rechtmässige Widersacher oder Vertreter bei der Sache seyn, in welcher er auftritt. Die Doktrin nennt jenes *Persona standi in judicio*, dieses *Legitimatio ad causam*; mit beiden beginnt die Lehre von den streitenden Theilen, da die hierüber vorkommenden Bestimmungen für alle Partheien ohne Unterschied der Eigenschaft gelten, in der sie bei einer Rechtssache erscheinen.

*) Vergl. mein Handbuch Band I. Abh. 14.

Die Befugniss zu gerichtlicher Rechtsvertheidigung könnte nur demjenigen entzogen seyn, der vom Gesetze in den Zustand absoluter Rechtlosigkeit versetzt ist, worunter man vormals Geächtete zählte, die wenigstens nicht als Kläger auftreten konnten. Neuere Zeiten haben jene Ansicht geläutert; und selbst bei bürgerlich Todten sind die Erben befugt, deren Rechte geltend zu machen. Man hat es also bei dieser persönlichen Befugniss nur mit jenen Einschränkungen zu thun, welche darin bestehen, daß manche Personen nicht ohne Beistand und Zuthun anderer Personen ihre Rechte vor Gericht vertreten können. Welche Personen sich in diesem Zustand befinden, welche deren Beistände oder Vertreter seyen, muß aus dem Civilgesetzbuch entnommen werden, und der Prozeßkodex beschränkt sich (Num. 1. u. 2.) auf den allgemeinen Satz, daß jeder, welcher über das Seinige frei verfügen darf, auch in seinen eigenen Angelegenheiten vor Gericht selbst handeln könne. Was darauf folgt, ist nur eine Anwendung jenes Satzes auf die gewöhnlichsten Fälle, wodurch andere Fälle z. B. der Kinder unter väterlicher Gewalt, der Abwesenden u. d. nach den Bestimmungen des Civilgesetzbuchs nicht ausgeschlossen sind.

§. 2.

Legitimation zur Sache.

Neben jener allgemeinen Rechtsfähigkeit vor Gericht zu handeln hängt die Gültigkeit und Wirksamkeit der Verhandlungen davon ab, daß sie von den wirklich bei der Sache beteiligten Personen gepflogen werden, dieses nennt man die *Legitimation zur Sache*, und theilt sie in die *aktive*, wodurch Jemand sich selbst, und in die *passive*, wodurch Jemand seinen Gegentheil als den rechtmässigen Widersacher oder als den wirklich Betheiligten bei der Sache legitimirt. Der Inhalt dieses §. bedarf keiner besonderen Erläuterung *).

§. 3.

Kläger und Beklagter.

Kein Streit ist denkbar ohne zwei Theile, von welchen einer gegen den andern einen Anspruch macht. Dieses bleibt nicht nur bei dinglichen Klagen, ungeachtet diese mehr die Verfolgung der Sache unmittelbar angehen, sondern auch in jenen Fällen wahr, wo der eigentliche Beklagte unbekannt oder ungewiß

*) Handbuch B. I. Abh. 15. kann hiezu die Stelle eines Kommentars vertreten.

ist, indem eben desswegen die Ediktalladungen in solchen Fällen eintreten. Oft wechseln die Rollen unter den Partheien, und das Gesetz muß bestimmen, wieweit bei gemischten Geschäften jeder Theil als Kläger zu betrachten sey; von der Widerklage liegt dieses schon im Namen. Durch den Schluss dieses §. ist der Zusammenhang der folgenden Eigenschaften angezeigt, wodurch nebst den zwei streitenden Theilen noch andere Personen als Partheien bei einem Streite vorkommen können.

§. 4.

1) *Streitgenossenschaft.*

Das erste Verhältniß, welches nebst einem Kläger und einem Beklagten noch mehrere Personen in einen Streit versetzte, ist die Streitgenossenschaft (*Litis consortium*), ein Gegenstand, um den sich Hr. Prof. Martin *) besonders verdient machte.

Schon längst haben die Rechtslehrer zwei Arten der Streitgenossenschaft angenommen,

*) Magazin für den gemeinen Prozeß Heft I. verglichen mit meinen zum Theil abweichenden Ansichten im Handbuch Band I. Abh. XVIII. §. 8. und Abh. XIX. §. 19. u. ff

die *eigentliche* (*proprium*) wo mehrere Personen in Gemeinschaft des Streitobjekts sich befinden, und die *uneigentliche* (*improprium*) wo sie ohne Gemeinschaft am Streitobjekte nur den Streit gemeinschaftlich führen. Aber man entdeckt bald, besonders auf dem legislativen Standpunkte, daß die uneigentliche Streitgenossenschaft, wie schon der Namen andeutet, mit der wahren Streitgenossenschaft nichts als den Namen gemein habe, und daß es besser sey, sie bei der accessorischen Intervention, dem einzigen Fall, wo sie vorkommt, zu behandeln, wie denn schon die Römer in den merkwürdigsten Fragmenten *) bei den Streitgenossen immer ein *Commune negotium* vorausgesetzt haben. Dieses mag genügen zur Rechtfertigung des im Eingange angegebenen Begriffes von Streitgenossen.

Der Verbindung wegen habe ich zuerst (Num. I.) von der Korrealität eines Rechts und einer Verbindlichkeit gehandelt, weil auch bei derselben die *Correi debendi vel credendi* als Streitgenossen vorkommen können, und die Streitgenossenschaft erst dann hinweg fällt, wenn Einer auf das Ganze klagt, oder belangt wird. Ausser diesem Falle begegnet man dem

*) L. 2. C. de consortibus eiusdem litis.

wichtigen Unterschied zwischen untheilbaren und theilbaren Gegenständen. Bei untheilbaren Sachen (Num. II.) greift die Ansicht durch, daß eine solche Sache nur von allen Streitgenossen gültig verhandelt werden kann, weshalb dem Beklagten die Einrede mehrerer Streitgenossen zustehet, diese mögen auf Seite des Klägers oder des Beklagten vorhanden seyn. Weil aber Fälle denkbar sind, wo dem Beklagten am Ausgange des Streits liegt, so habe ich zu dessen Erleichterung auf die Adzitation hingewiesen. Bei theilbaren Sachen (Num. III.) wirkt jener Grund wenigstens in dem Falle nicht, wenn die Klage nur auf den rechtmässigen Antheil gerichtet war. Allein die höhere Rücksicht, jeder unnöthigen Vermehrung der Prozesse vorzubeugen, bestimmte mich, auch hier die Adzitation als ein Mittel anzuwenden, wodurch der Beklagte, wenn er will, die ganze Forderung mit allen Berechtigten aufeinmal ausstreiten kann.

Streitgenossen sind Gesellschaftern gleich zu achten, eben weil die Streitgenossenschaft eine Gemeinschaft des Streitobjekts voraussetzt; aus diesem Grundsatz läßt sich leicht nach den Bestimmungen des Civilgesetzbuchs ihr Rechtsverhältniß unter sich und zum Gegentheil bemessen. Nur ein Punkt forderte eine Berich-

tigung. Gewöhnlich sagt man, die Streitgenossen seyen zur Bestellung eines gemeinschaftlichen Anwalts verbunden, und als Grund führt man an, daß sonst der Gegentheil durch die Zahl der zu übergebenden Schriften und durch vermehrte Insinuation der Ladungen beschwert würde. Dieser Grund ist auch hinsichtlich eines gemeinschaftlichen Anwalts zur *Insinuation* vollgültig, aber nicht weiter; vielmehr würde es eine unnöthige Härte und ein unnatürlicher Zwang des persönlichen Zutrauens seyn, wenn man Streitgenossen, die sich über die Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters nicht vereinigen können, gegen ihre Ueberzeugung zum Vertrauen auf einen bestimmten Vertreter nöthigen wollte. Jeder Streitgenosse mag also seine Sache von einem eigenen Vertreter führen lassen, sobald nur ein gemeinschaftlicher Anwalt zur *Insinuation* für alle bestellt ist, kann der Gegentheil in einer einzigen Schrift antworten, welche diesem Anwalt für alle Streitgenossen insinuirt wird.

§. 5.

2) *Namhaftmachung des eigentlichen Beklagten.*

Die bekannte *Nominatio auctoris* ist nach den in der Prozeßtheorie anerkannten Sä-

tzen *) behandelt, mit der einzigen Ausnahme dafs ich dieselbe auch bei persönlichen Klagen zugelassen habe. Wer möchte auch darüber lange streiten, wenn man an die Legitimation zur Sache denkt? Wer als Vormund oder Bevollmächtigter einen Vertrag abgeschlossen hat, und daraus für seine Person belangt wird, was kann er sagen? Doch wohl nichts anders, als dafs der Vertrag nicht ihn persönlich, sondern den Pflegbefohlenen oder Vollmachtgeber angehe, dafs also nicht Er, sondern dieser der wahre Beklagte sey! Die Einrede der mangelnden passiven Legitimation zur Sache ist dieses eigentlich nicht, weil er damit die Benennung des eigentlichen Beklagten verbindet, es ist vielmehr sogar als bei dinglichen Klagen die *Nominatio auctoris*.

§. 6.

3) *Streitverkündigung*.

Um nicht die bekannten Wahrheiten der Prozeßtheorie zu wiederholen, beschränke ich mich auf die Auszeichnung der von den gewöhnlichen Ansichten abweichenden Bestimmungen **).

*) Vergl. Handbuch Band I. Abh. XVI.

**) Vergl. Handbuch Band I. Abh. XVII.

Vor Allem konnte ich die Streitverkündigung (*Litis denunciatio*) sowenig als die Benennung des eigentlichen Beklagten auf dingliche Klagen oder auf den Beklagten einschränken. Ihr Grund ist weit allgemeiner und erstreckt sich auf alle Fälle, wo man nach Ausgang dieses Streits einen Dritten der Entschädigung wegen belangen will, denn dieser Dritte ist es, der für den Schaden haften soll, also auch fordern kann, daß er von dem ihn interessirenden Streite Nachricht erhalte, um den Schaden von sich abzuwenden. Ist etwa der Cedent einer Forderung, der Bürge für eine Schuld bei dem Streite weniger betheiligt, als der Verkäufer einer von einem Andern in Anspruch genommenen Sache?

Daß ich nur die gerichtliche Streitverkündigung für wirksam erklärte, ist in aller Rücksicht zweckmässig. Das Gesetz muß die Bürger zur Ordnung gewöhnen, und da der Streit bei Gericht anhängt, so ist nichts natürlicher, als durch das Gericht davon Nachricht geben zu lassen; auch wird dadurch unnöthigen Prozessen vorgebeugt, welche sonst über den Beweis einer aussergerichtlichen Streitverkündigung gewöhnlich entstehen.

Die Unterlassung der Streitverkündigung mußte als Verzicht auf Schadloshaltung angenommen werden, weil man von demjenigen, welcher den Regress suchen will, mit Recht fordert, daß er alle Mittel zur Anwendung des Schadens gebrauche, und weil sonst ein Prozeß über die Frage unvermeidlich ist, ob die Streitverkündigung etwas geholfen hätte, ein Prozeß, den eine gute Gesetzgebung um so weniger zulassen darf, als bei demselben der Kläger von dem Satze ausgehen muß, er habe den ersten Streit, den er doch führte, auch mit Beistand des Dritten nicht gewinnen können *).

Verhandlungen über die Statthaftigkeit der Streitverkündigung, als eine Vorfrage in dem Prozesse, wo sie erfolgt, zuzulassen, wäre ein schädlicher Mißgriff. Der Denunziat mag es sich zuschreiben, wenn er ungeachtet der Streitverkündigung keinen Beistand leistete, er mag also auf seine Gefahr den Beistand unterlassen. Die Frage, ob er dazu verbunden sey,

*) Im Texte haben sich Num. 4. zwei Druckfehler eingeschlichen, ich bitte zu lesen: „des die Assistenz verweigernden Denunziaten.“

sagt eigentlich nichts anders, als ob er zur Schadloshaltung verbunden sey, und diese Frage muß ausgesetzt bleiben, bis er auf Schadloshaltung belangt wird.

§. 7 — 10.

4) *Intervention.*

Die Intervention habe ich gröfserer Deutlichkeit wegen in vier §en. zerlegt, und zuerst von derselben überhaupt, dann von ihren Arten gehandelt *). Die *gemischte* Intervention wurde von Epplen **) neuerlich angefochten, allein ohne hinreichenden Grund, und man kann bei einem Falle, wo das Recht angestritten wird, welches der Intervenient theils selbstständig und für sein Interesse, theils zum Vortheil eines streitenden Theils geltend machen will, die gemischte Eigenschaft dieser Intervention nicht miskennen. Uebrigens lösen sich alle scheinbare Verwickelungen derselben sehr leicht auf. Wird nämlich das Recht, welches die Intervention begründet, von keinem Theile bestritten, so gehet dieselbe sofort in die accessorische über; wird aber jenes Recht von

*) Vergl. Handbuch Band I. Abh. XVIII.

**) in Martin und Walch Magazin für den gemein. Proz. Heft II. Seite 129.

einem Theile angefochten, so entstehet über dasselbe zwischen dem Intervenienten und dem anfechtenden Theile ein Präjudizialstreit, welcher zwischen denselben verhandelt wird.

§. 11.

5) *Adzitation*.

Die Adzitation unterscheidet sich von allen vorhergehenden Anlässen, wodurch eine Person zu dem Streite zwischen zwei andern Personen hinzukommt, in wesentlichen Stücken und ihre Nothwendigkeit im Prozesse hat sich am hellsten dadurch beurkundet, daß sie, ohne ein ausdrückliches Gesetz für sich zu haben, aus der lebendigen Erfahrung hervortrat, der Gerichtsgebrauch sie heiligte, und die Rechtslehrer sich bemühten, ihre wahre Eigenschaft zu ergründen. Theils die Legitimation zur Sache, welche der Richter von Amtswegen berücksichtigen muß, theils die über Streitgenossenschaft gegebenen Vorschriften sind ihre Basis, und rechtfertigen die hier vorgeschlagenen Bestimmungen *) vollkommen.

*) Zur Erläuterung muß ich auf das Handbuch Band I. Abh. XIX. verweisen.

§. 12.

Rechte und Verbindlichkeiten der streitenden Theile.

Nachdem die streitenden Theile und deren verschiedene Beziehungen behandelt sind, kommt des Rechtsverhältniß derselben *) in Betrachtung, sowohl in Ansehung des Gerichts, (Num. 1.) als zu den andern streitenden Theilen (Num. 2.) wobei der Grund zu den folgenden Bestimmungen über Prozeßkosten gelegt wird. Der letzte Satz, daß die Rechte der Partheien ohne Unterschied zwischen Kläger und Beklagten gleich sind, gründet sich in der Vernunft, die jedem Rechte gleichen Schutz zusichert, und das positive Recht suchte seinen scheinbaren Widerspruch durch das bekannte Axiom, *reus excipiendo fit actor* **) zu lösen. Indessen wurde jener Satz durch den Beisatz gemildert, soferne die Gesetze keine Ausnahme machen, doch bleibt er auch Regel für den Gesetzgeber, der sich jeder nicht ganz nothwendigen Ausnahme von derselben enthalten muß.

*) Vergl. Handb. Band I. Abh. XIII.

**) Ebendas. Abh. XXIII.

§. 13.

Prozesskosten.

Die Kosten eines Rechtsstreits stehen mit dem Rechtsverhältniß der Partheien gegeneinander in engster Verbindung, und sind eine wichtige Aufgabe der Prozesslegislation.

Da die Gerichte nicht verbunden werden können, mit der Zahlung der Gebühren bis zum Ausgang des Streits nachzuwarten, so muß zuerst (Num. 1 - 3.) die Frage beantwortet werden, wer bis dahin die Prozesskosten vorschußweise zu tragen habe. Dann gelangt man zur Frage, wer zum Ersatz der Prozesskosten verbunden sey. Ueber die durch Ungehorsam verursachten Kosten (Num. 4.) läßt sich kein Zweifel: aber ob der unterliegende Theil die Prozesskosten zu erstatten habe? darüber sind seit langer Zeit die Meinungen der Rechtslehrer *) sehr verschieden. Solange frei-

*) Adolph Dieter. Weber über die Prozesskosten (seit 1788. die 5. Auflage Hannover 1811.) brach die Baln, gegen ihn traten Hennemann, Emmerich, Schmidt gen. Phiseldeck auf. Neuerlich hat hierüber eine Abhandl. geliefert Borst über die Erstattung der Prozesskosten, Nürnberg. 1812.

lich die Nation durch ein verworrenes, weit-schweifiges und sogar der Sprache nach ihr unverständliches Gesetzbuch regiert wird: solange die Gesetzgebung in der traurigen Verfassung bleibt, daß die Rechtskunde gleichsam das Monopol der Juristen ist und kaum eine Lebenszeit zu ihrer Ergründung hinreicht: solange unsern Rechtsinstituten Simplifikation und Annäherung an den geraden schlichten Menschenverstand mangelt: solange die Forschungen der Gelehrten oft aus einem einzigen Worte heute zum Unrecht umstalten können, was man hundert Jahre lang für Recht hielt, solange möchte die alte mindere Meinung den Vorzug verdienen, daß nur der temere litigans in die Prozeßkosten zu verurtheilen sey. Nun aber, wo wir am Ende jener traurigen Periode leben, darf ein Gesetzbuch für die Zukunft auch in diesem Gegenstand den Aussprüchen des Vernunftrechts folgen, und dieses hat Weber für sich. Der Satz, Prozeßführen sey eine erlaubte Handlung, weil es Fälle geben kann, wo mit demselben keine zum Schadensersatz verpflichtende Schuld verbunden ist, macht sichtbar die Ausnahme zur Regel, und die Gesetze widerlegen ihn schon durch die Bestimmung, daß der unterliegende Beklagte von der Einlassung
an

an, Zinnsen und Früchte ersetzen muß. Wer im Prozesse unterliegt, der hat die Vermuthung gegen sich, daß er mit Anwendung des schuldigen Fleisses die Umstände wissen und sich über den Ausgang des Streits belehren konnte, er muß also in der Regel für denjenigen geachtet werden, welcher durch seine Schuld den Prozeß und die hieraus entstandenen Kosten verursachte, und die Grundsätze von Culpa verpflichten ihn zum Ersatze dieses Schadens. Hat er noch überdies in böser Absicht gehandelt, hat er einen ganz frevelhaften Prozeß geführt, so verfällt er nach §. 12. num 2. in die gesetzliche Strafe. Das Gesetz muß also jene Regel (Num. 5.) aussprechen, und mit derselben, um nicht alles der richterlichen Willkühr zu überlassen die Ausnahmen verbinden, welche der Richter nicht überschreiten darf. Ich habe nur solche Ausnahmen angeführt, bei welchen die Vermuthung der Schuld verschwindet. Manche rechnen hierunter auch den Fall, wenn widersprechende Erkenntnisse vorhanden sind; allein diese Ausnahme würde höchstens von den Kosten der Appellationsinstanz, und selbst von diesen nur unter der Einschränkung gelten, wenn nicht die Appellation zugleich wider das Erkenntnis über den Kostenpunkt gerichtet ist, und

auch hierüber ein reformatorisches Urtheil in der höheren Instanz erfolgt. Mir schien es daher besser, jene Ausnahme zu umgehen; will man sie beisetzen, so muß es unter der angegebenen Einschränkung geschehen. Ohnehin steht es in der Macht der Obergerichte, den Richter voriger Instanz, welcher etwa durch ein ungeschicktes Erkenntniß die Appellation verursacht hat, zum Ersatz der Appellationskosten zu verurtheilen.

Die Verbindlichkeit zur Kostenerstattung erstreckt sich aber bloß auf den nothwendigen Aufwand (Num. 6.) denn der unnöthige Aufwand, wohin besonders die Sollicitaturreisen u. d. gehören, kann dem andern Theile nicht zugerechnet werden.

In allem Betrachte ist aber der Kostenpunkt eine Nebensache im Prozesse, und das Gesetz muß auf Abschneidung derselben bedacht seyn. Gewöhnlich hat man bisher entweder vor dem Urtheil die Kostenrechnung von Gerichtswegen abgefordert, und eben dadurch die Kosten vermehrt, oder über die Kosten im Urtheil erkannt und deren Liquidation dem Verfahren in der Exekution vorbehalten. Eines ist so fehlerhaft als das Andere. Ich ha-

be (Num. 7.) den Zeitpunkt zur Uebergabe der Kostenrechnung vor dem Urtheil durch das Gesetz bestimmt, und seine Verabsäumung als Verzicht auf die Kostenerstattung erklärt.

Die Frage endlich, in welchen Fällen ein Theil dem andern einen Vorschuss zu den Prozesskosten machen muß? gehört (Num. 8.) in das Civilgesetzbuch.

§. 14.

Sicherheitsmittel, Kautionen.

Unter den Sicherheitsmitteln gegen muthwilliges Prozessführen überhaupt und bei einzelnen Handlungen, gieng von den Römern in die teutschen Gesetzbücher, der allgemeine und besondere Eid vor Gefährde. (*Iuramentum calumniae*) über. Allein die Erfahrung hat bewiesen, wie wenig dieses Mittel seinen Zweck erfüllt, und wie es auf Kosten der Heiligkeit des Eides, die Eide ohne Noth und Nutzen ins Unendliche vermehrte. Ich habe daher die Kalumnieneide gänzlich verbannt, und selbst bei dem Rechtsmittel der Restitution (Buch IV: Kap. III. §. 1.) ist der Eid nur im Mangel des Beweises, nicht als Sicherheitsmittel gegen Gefährde vorgeschrieben.

Eine Kaution unter Inländern ist ausser dem Falle, wo eine provisorische Verfügung eintreten kann, eine zwecklose Sache, man mag die Kaution wegen der Prozesskosten oder wegen der Widerklage sich denken. Denn heutzutage, wo alle Gerichte des Landes unter sich auf erfolgte Requisition die schleunigste Rechtshülfe leisten müssen, fällt der Grund hinweg, der die Kaution anrieth, wenn der Kläger unter dem Gerichte, wo der Streit anhängig werden sollte, kein unbewegliches Vermögen besaß; habe ich deshalb unter Inländern (Num. 5.) jene Kautionen aufgehoben. Bei Ausländern hingegen treten andere Rücksichten ein, diese sind zur Kaution sowohl wegen der Prozesskosten (Num. 1.) als wegen der Widerklage (Num. 2.) verbunden. Jedoch muß das Gesetz auch bei diesen vorbeugen, daß damit kein Mißbrauch getrieben und die Rechtsverfolgung nicht ohne Noth erschwert werde. Bei Liquidationen im Konkurse und bei Wechselklagen fällt nach dem Beispiel anderer Staaten die Kaution für die Prozesskosten hinweg. Ueberhaupt habe ich jede Kaution in den Fällen abgeschafft, wo ein Theil der Forderung liquid ist, und dieser Theil die GröÙe der Kaution erreicht (Num. 3.) denn hier ist sie offenbar unnöthig. Die Wirkung der Kautionsverbindlichkeit (Num. 4.) und

die Sicherheitsmittel (Num. 6.) sind für sich klar. Die juratorische Kaution würde ich ausgelassen haben, wenn ich nicht in dem Beisatz zu dem Eide, daß der Schwörende alles angewandten Fleisses ungeachtet weder Pfänder noch Bürgen habe aufbringen können, das einzige Mittel gegen jene Vorwände gefunden hätte, unter welchen sich der Ausländer der Kaution nach Belieben ganz entziehen könnte.

§. 15.

Armenrecht.

Der Arme hat mit dem Reichen gleichen Anspruch auf Gerechtigkeit, dieser wäre aber vereitelt, weil der Arme den mit einem Prozesse verbundenen Aufwand für Gerichtstaxen und Advokaten nicht bestreiten kann; daher kommen die Gesetze durch das sogenannte Armenrecht zu Hülfe. Wie nun Armuth ein relativer Begriff ist, so wird hier unter dem Armen nicht der ganz Vermögenslose, sondern derjenige verstanden, dessen Vermögen und Erwerb nicht hinreicht, nebst seinem und seiner Familie Unterhalt die Prozeßkosten zu bestreiten. Er ist denn frei von Entrichtung der Taxen und Stempel, auch wird ihm nöthigenfalls aus der Zahl der Advokaten ein Anwalt bestellt, der seine Sache mit Einschluss

der Schreibgebühren unentgeltlich vertreten muß, wenn er nicht zeigt, daß und warum er die Sache des Armen für ungerecht halte. Mit der Ursache hört auch die Wirkung auf, es ist demnach billig, daß der Arme, wenn er ein hinreichendes Vermögen erhält, die Gerichtstaxen und Advokatengebühren entrichte. Um nicht Eide ohne Noth zu häufen, habe ich statt des Armeneides den Beweis der Dürftigkeit durch ein amtliches Zeugniß angeordnet.

Viertes Kapitel.

Von den Anwälten und deren Bevollmächtigung.

§. 1.

Wer einen Anwalt bestellen kann und in welchen Sachen.

Die Befugniss eines Jeden, seine Sache selbst vor Gericht zu vertreten, wenn er vor Gericht stehen und dieselbe ordentlich, obgleich nicht schulgerecht und kunstmässig, vortragen kann, gewährt den Partheien an Ersparung der Kosten und an geringerer Abhängigkeit von einem Andern grosse Vortheile,

und das Gesetz hat desto weniger Grund, den Bürgern dieses Recht zu entziehen, als der Richter ohnehin von Amtswegen die entscheidenden Rechtssätze anwenden muß, und die Darstellung des Faktums von Seite der Partheien nur in wenigen Fällen tiefe juristische Kenntnisse voraussetzt. Dafs die Vertreter unfähiger Personen (Kap. III. §. 1.) z. B. Vormünder und Kuratoren im Namen derselben wie in eigenen Sachen selbst handeln können, ist für sich einleuchtend; statt moralischer Personen werden jedoch nur Bevollmächtigte zugelassen.

Wer selbst handeln kann, hat auch in der Regel die Befugnifs, sich durch einen Bevollmächtigten vertreten zu lassen; doch sind mehrere Ausnahmen von dieser Regel nothwendig. Die Ruhe der Familien gebietet, bei Ehestreitigkeiten und Prozessen unter nahen Verwandten (Num. 1. u. 2.) zum Theil, eine Ausnahme, weil sich von dem persönlichen Zusammentreffen dieser Personen und der Stimme der Natur eine Beförderung gütlicher Ausgleichung erwarten läfst. Bei Defraudationen (Num. 3.) ist das persönliche Erscheinen eine gewöhnliche Folge des Untersuchungsprozesses. Eide (Num. 4.) müssen ohnehin persönlich geleistet

werden. Endlich sind Fälle denkbar, wo der Richter nur von dem persönlichen Erscheinen der Betheiligten einen günstigen Erfolg des Vergleichungsversuches erwarten kann, für diese Fälle mußte also (Num. 5.) dem Richter, jedoch nur aus besondern Ursachen, die Macht eingeräumt werden, jenes Erscheinen anzuordnen.

§. 2.

Wer als Anwalt bestellt werden könne.

Alle kultivirte Staaten haben die Nothwendigkeit anerkannt, bei den Gerichten zur Führung fremder Rechtssachen gewisse Personen öffentlich anzustellen, die unter dem Namen Advokaten und Prokuratoren bekannt sind. Den Unterschied, daß Advokaten das Innere der Rechtssachen, Prokuratoren aber den äusseren Gang derselben vor Gericht besorgen, habe ich nicht angenommen, paßt für unsere Zeiten nicht mehr, und beide Funktionen sind in einem Amte vereinigt. Wie nun der Staat zur Vertretung fremder Rechtssachen vor Gericht gewisse Personen öffentlich anstellt, so fordert es Konsequenz, daß jeder Andere in der Regel von dieser Funktion ausgeschlossen werde, wie es Regel seyn muß, daß derjenige, welcher seine Schuhe nicht

selbst machen kann, sie von einem berechtig-
ten Meister machen lasse. Doch hat diese Re-
gel ihre Ausnahmen, die sich theils in dem
engen Verhältnisse eines Vertreters zu der
Streitsache oder zu einer Parthei, theils im
Stande der Parthei selbst gründen. Dafs die
Vertreter unfähiger Personen nicht eigentlich
als Bevollmächtigte zu betrachten, sondern
mehr nach §. 1. zu bemessen sind, habe ich
schon bemerkt.

§. 3.

Pflichten der Advokaten.

Das Institut der Advokaten fordert die
größte Aufmerksamkeit der Legislation, da es
mit dem ganzen Organismus des Justizwesens
verflochten ist. Sie sind das Organ durch wel-
ches die wichtigsten Rechtssachen an die Ge-
richte gelangen, sie sind es, von deren klu-
gen Einleitung oft der ganze Ausgang eines
Prozesses abhängt, sie, welche durch Recht-
lichkeit manchem unnöthigen Streite vorbeugen,
durch klare Darstellung und gründliche Ar-
beiten den Sieg der gerechten Sache befördern,
oder durch Verdrehung und Chicanen den Arm
der Gerechtigkeit lähmen können. Sie stehen
an einem Platze, wo man das Einwirken der
Gesetze in das bürgerliche Leben nach den

feinsten Schattirungen, wo man jede Lücke oder Härte des Gesetzes, genau kennen lernt.

Und doch herrschen eben über die Advokaten allgemeine, laute und alte Klagen! Schon hat ein Mann, dessen Namen in der Literaturgeschichte mit Ruhm gekrönt ist, Justus Möser, der Verfasser der *osnabrückischen Geschichte*, vor vielen Jahren *) über diesen Gegenstand in seiner Originalität treffende Wahrheiten gesagt. Wie könnte ich besser als mit den eigenen Worten dieses grossen Mannes sprechen? „Meiner Meinung nach, „sagt Möser,“ sind die Gesetzgeber allein Schuld daran, wenn der Stand der Advokaten unter seine Würde sinket. Dadurch daß sie denselben von den wichtigsten Bedienungen ausschliessen, und ihre Räthe durch die Auditorey ziehen, haben sie denselben um alle Hoffnung, mit dieser um die beste Aufmunterung, und nach einer natürlichen Folge auch um allen Eifer gebracht, sich als grofse und verdiente Männer zu zeigen. Sie haben demselben blos den Weg des Gewinnstes übrig gelassen, welcher immer gefährlicher wird, je weiter er ohne Begleitung der Ehre fortgeht. Sie haben

*) Patriotische Phantasien Th. III. S. 199 — 205.

dem Staate mit solchen Advokaten oft nur eine Last von schlechten Leuten zugezogen, und sich in die Nothwendigkeit gesetzt, dieselben mit Strafbefehlen in Ordnung zu halten; und dennoch soll der Advokat ein großes Herz für Wittwen und Waysen; einen edlen Muth gegen mächtige Unterdrücker; und alle Eigenschaften eines geschickten, redlichen und feurigen Mannes haben; er soll unter einer empfindlichen Ausschliessung von wichtigen Ehrenstellen, auf nichts als auf Ehre sehen; unter bitterm Verweisen, die ihm ein junger Rath bei der geringsten Gelegenheit giebt, Liebe zu seinen Geschäften, Eifer für die Unschuld, und Freiheit des Geistes behalten; er soll, von guten Gesellschaften ausgeschlossen, den Ton des Hofmanns haben, sich kurz und groß fassen, und Wahrheit mit Geschmack verbinden; . . . Das und viel mehrers soll er thun, und dennoch beständig auf den Fuß eines gerichtlichen Tagelöhners oder Aktenkrämers gehalten werden. Ich zweifle ob sich ein ähnlicher Fall angeben lasse, worinn die Gesetzgeber so viele widersprechende Forderungen vereinigt haben.

Und was ist denn der Vorthail von diesen Anstalten gewesen, wodurch man die Ad-

vokaten von allen Beförderungen abgeschnitten, sie auf den blossen Gewinnst eingeschränkt, und sich den Zwang über Handlungen erlaubt hat, die man nicht anders als von einer edlen wohlgenährten Freiheit so erwarten kann, wie sie das wahre Wohl des Staats erfordert? Eine Menge von überzähligen Räthen, Referendarien, Assessoren, Auscultatoren, Auditoren und andern Figuranten, die um dem ihnen so frühzeitig und ohne Gehalt ertheilten Range gemäß zu leben, ihr bestes Vermögen verzehren, in langen Erwartungen oft stumpf, in sichern auch wohl faul, und wenn sie bei den Kollegien arbeiten, von einem alten überhäuften Konreferenten nicht immer aufs beste zurecht gewiesen werden, — eine lange Reihe von Hagestolzen, die allen guten Töchtern mit ihrem Range in die Augen leuchten, und doch ihre zärtlichen Wünsche, weil der Stand zu viel erfordert und das Gehalt noch fehlt, nicht befriedigen können; indessen aber manche abhalten, einem ehrlichen untitulirten Manne die Hand zu geben, und wenn sie endlich zum wirklichen Genuß eines Dienstes gelangen, viel zu klug und bedachtsam geworden sind, um mit einem gutherzigen Kinde glücklich zuzuplatzen, — an manchen Orten eine ziemliche Vermehrung der Bedienungen,

welche durch die ungedultigen Erwartungen titulirter Personen, durch das ungestümme Anhalten dieser zu sichern Hofnungen berechtigten jungen Männern, durch ihren erlangten Zutritt, erhaltene nähere Bekanntschaften, und andere Arten von gelernten Erschleichungen zur größten Last des Staats erschaffen sind; — sehr oft auch eine minder scharfe Wahl und Prüfung eben dieser jungen Leute, die man zuerst auf künftigen Zuwachs an Geschicklichkeit, mit wenigerer Vorsicht annimmt, und doch nachwärts Ehrenhalber nicht verstossen kann; — eine gefährliche Erhöhung des äusserlichen Gepräges der Menschen in Verhältniß ihres innern Werthes, und ein daher entstandener schädlicher Hunger nach Bedienungen — überall aber und hauptsächlich eine unüberwindliche Abneigung der vornehmsten und besten Genies sich dem Advokatenstand zu widmen, und demselben durch ihren Beitritt den nöthigen Grad von Ehre zu verschaffen.

Nun stellen sie sich aber die Advokaten als eine Pflanzschule des Staats vor, worinn er diejenigen, die er dereinst zu den wichtigsten Geschäften nöthig hat, bilden will.

Was für ein mächtiger Trieb muß hier die Männer beseelen, welche den Advokaten-

stand wählen müssen, um sich den Weg zu den größten Ehrenstellen zu öffnen? Jeder Bewegungsgrund, der einen Mann zu großen Handlungen reitzen kann, kommt hier dem Stande wie dem Staate zu statten. Der Sohn des Präsidenten wird sich hier wie ehemals der Sohn eines Konsuls zu Rom, eben so gut üben müssen als ein anderer, und jeder wird sich in dem hohen Lichte zu erhalten suchen, worinn er von dem Fürsten, von den Edlen des Landes und von den Patrioten bemerkt werden kann. Die geringste Unredlichkeit wird ihm in diesem Lichte schaden, und Ungeschicklichkeit und Trägheit den öffentlichen Vorwurf eines Stümpers zuziehen. Er steht unter dem allgemeinen Urtheil, und das Gepräge was er trägt, ist nicht das Werk eines Heckemünzmeisters, sondern des redlichen gemeinen Wesens. Da er durch seine Bemühung zugleich für seinen Unterhalt und für seinen Ruhm arbeitet: so hat er einen gedoppelten Grund zum Fleisse; und eigner belohnter Fleiß ist ein ganz anderer Lehrmeister als ein grämlicher Konreferent, der über die Verbesserung der ersten Uebungen eines Auditors ermüdet. Von einem beständigen Wetteifer angereizt, eher als andre, das vorgesteckte Ziel zu erreichen, wird er oft einen Geldgewinnst veräch-

ten, und blos für die Ehre dienen; sich schämen kleinen Zänkereien zu verewigen, oder grosse und mächtige Familien in unnöthige Prozesse zu verwickeln. Wann dann der Staat ihn auf den öffentlichen unbefleckten und unverdächtigen Ruf, als einen erfahrenen und bewährten Mann zu seinem Dienste fordert: so wird er mit gestärktem Auge die verwickeltesten Streitigkeiten durchschauen, solche mit der grössten Fertigkeit beurtheilen, und in einer Stunde oft mehr thun, als viele von denjenigen, welche auf andre Art gebildet sind, in Tagen und Wochen thun können. Er wird das practicable unter den verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten, ohne zu schwanken, ergreifen; die Verfassung seines Landes aus einer schärfern Erfahrung genauer kennen; die Wendungen schlechter Advokaten mit einem halben Auge entdecken, und für keine Arbeit, so schwer sie auch immer seyn mag, erschrecken. Der Staat hat dabei den Vortheil, sich beständig, wenn er eine Ehrenstelle zu vergeben hat, eine glückliche und freie Wahl unter einer Menge von geschickten Leuten zu verschaffen; diese Menge ohne seine Kosten, und die gemeine Ehre, welche durch Titel zu Grunde gerichtet wird, in ihrem wahren Werthe zu erhalten. Der Stand der

Advokaten wird solchergestalt für ihn ein Ehrenstand werden; ein jeder der sich darinn begiebt, den Ton, welchen dieser allezeit mit sich führt, und der in der heutigen Welt mehr als alle Sittenlehre wirkt, von selbst annehmen; kein Mädchen wird sich in der Hofnung dereinst Frau Rätthin zu heissen, schämen eine Zeitlang Frau Advokatuffsin, oder um in unserm Stil zu sprechen, Frau Doktorin zu heissen.“

Hierdurch behaupte ich nicht, daß die Advokaten deßwegen *als Advokaten* wirkliche *Staatsdiener* seyen oder werden; vielmehr stellt sie Möser's Vorschlag mehr in die Stelle von *Adspiranten* zum Staatsdienste, und auf diese Art paßt derselbe in die Systeme aller Reigerungen. Daß auch von jeher aus dem Advokatenstande die grössten Männer heraustraten, zeigt die Geschichte; er lieferte *Frankreich* seinen d'Aguesseau und Merlin, er hatte in *Preussen* Männer erzeugt, woraus unter Friedrich II. der Grofskanzler bei der ersten Einrichtung verschiedene Rätthe und Vorstände wählte, und selbst in *Teutschland* waren die Prokuratoren am Reichskammergericht gewichtvolle Männer, deren Stimme die Reichsgesetzgebung einholte, wo es auf Gerichtswesen und Prozeßslegislation ankam.

In-

Indessen sind die Bestimmungen des gegenwärtigen Kapitels durch diesen Plan nicht bedingt, vielmehr nahm ich Bedacht, ihre Rechte und Verbindlichkeiten, die man sonst einer *Advokatenordnung* überliefs, im Gesetzbuche selbst fest zu setzen.

Da ich nur diejenigen als Advokatén ansehe, welche hiezu vom Staate ernannt sind, so kann ich, wie bei den Gerichtspersonen, über die zu diesem Berufe erforderlichen Eigenschaften hinweggehen, und sogleich mit den allgemeinen Pflichten ihres Standes den Anfang machen.

§. 4.

Belohnung und Strafen der Advokaten.

Um die *Ehre* des Advokatenstandes zu wecken, mußte ich nicht blofs von *Strafen*, sondern auch von *Belohnung* sprechen. Der Lohn *ausgezeichneter* Advokaten sey Beförderung zum Staatsdienst. Bei den Strafen nahm ich auf deren richtige Abstufung und auf genaue Bezeichnung der Behörde Rücksicht, welche über diese Strafen nach Verschiedenheit ihrer Schwere erkennen darf.

§. 5.

Aufsicht über die Advokaten.

Besonders nothwendig ist es für die Advokaten eine eigene *Disciplinarbehörde* anzuordnen, und zwar in dem Grade nothwendiger, je mehr man sie für eine Pflanzschule künftiger Staatsdiener ansieht; aber auch ausser dieser Idee bleibt jene Anordnung eine unerläßliche Forderung. Seyen auch die Advokaten nicht Staatsdiener, so führen sie doch öffentlich ein Amt, wozu sie der Staat bestellt und zum Vortheil der Justiz in Pflichten genommen hat. Jede Unordnung in ihrem Berufe, jede Verletzung ihrer Pflichten ist Gegenstand der Amtsdisciplin, und Mißgriff in der Organisation, wenn man sie in förmliche Prozesse zwischen der Parthei und ihrem Advokaten übergehen läßt, welche den Partheien neue Kosten verursachen, und den Advokaten Mittel an die Hand geben, ihre Fehler zu verstecken. Als Disciplinarbehörde habe ich bei Obergerichten das vereinigte *Präsidium* und Direktorium, bei Untergerichten den Vorstand erklärt. Kommen Beschwerden der Gerichte oder einer Parthei gegen den Advokaten vor, so wird derselbe zwar mit seiner Vertheidigung gehört, aber die Sache als Disciplinar-

sache ohne Streitverhandlungen von dieser Behörde abgethan; wobei es sich von selbst versteht, daß auf die in einzelnen Fällen und Prozeßsachen verwirkten Strafen die Gerichte erkennen, und jene Disciplinarbehörde nur für die übrigen Fehltritte und Anstände eingesetzt ist, z. B. wenn der Advokat seiner Parthei die Akten nicht herausgeben will, wenn er übermäßige Vorschüsse fordert, die Deservitenberechnung verweigert, übermäßige Gebühren verlangt u. dgl. Insbesondere hielt ich für nothwendig, durch bestimmte Korrekturen die Fehlenden zu bessern, und die nach fruchtlosen Korrekturen unverbesserlichen Advokaten, auch ausser dem Falle eines kassationsmässigen Verbrechens auf disciplinarem Wege zu entfernen. Die erste Gradation ist ein Verweis, den der Schuldige in Person vor dem versammelten Präsidium und Direktorium über seine begangenen Fehler erhält. Die zweite Gradation ist ein Verweis, welchen der Schuldige durch das Justizministerium mit Verwarnung der Remotion im Wiederholungsfalle erhält; bei ferneren Fehlritten wird, nach Vernehmung des Beschuldigten, auf gutachtlichen Bericht des competenten Obergerichts, die Remotion oder wenigstens die Suspension auf ein Jahr durch das Justizministerium verhängt.

§. 6.

Prävarikation.

Ein eigenthümliches Verbrechen der Advokaten ist die *Prävarikation*. Die *eigentliche*, wo Einer zwei Partheien zugleich, heimlich oder öffentlich dient, begreift noch zwei von vielen übersehene Fälle in sich, nämlich den, wenn jemand eine Sache vertritt, worin er zum Gegentheil*) in Verhältnissen steht, welche ihn zur Zeugschaft in dieser Sache ganz unfähig machen, sodann wenn er vom Gegentheil Geschenke annimmt. Der *zweite* Fall kann sich ergeben, wenn der Advokat des Klägers dem Beklagten die Gewährschaft leisten muß, oder zu demselben in einem solchen Verhältniß steht, daß er *für* denselben zur Zeugschaft unfähig wäre, z. B. wegen Verwandtschaft oder Schwägerschaft; in einem solchen Fall versetzen ihn seine Verhältnisse mit seinen Pflichten als Anwalt in Kollision,

*) Aber nicht zum Advokaten des Gegentheils, denn seitdem das *Dominium litis* aufhörte, kommt es auf das Familienverhältniß der beiderseitigen Anwälte nicht an. Vergl. *Crell de duobus fratribus in eadem lite partium adversarum patrocini. suscipientibus. in dessen Opusc.*

und beladen ihn mit dem Verdachte, daß er diese Pflichten jenen Rücksichten unterordne. Von diesem Verdachte wird er zwar frei, wenn er seiner Parthei vor Uebernahme der Sache sein Verhältniß zum Gegentheil eröffnet, und diese ihm dennoch ihre Vertretung überträgt; allein das Gesetz kann ihm auch alsdann diese Anwaltschaft nicht überlassen, theils wegen der Gefahr, daß er nachher zum Schaden seiner Parthei handle, theils weil man nicht zugeben darf, daß Jemand bei einer *öffentlichen* Funktion in einem Widerspruche mit sich selbst erscheine; wenigstens würde das Absurde und Schädliche solcher Kollisionen vor Augen liegen, wenn ein Advokat die Rechte des Gemeinschuldners wider die Gläubiger und dann als Cessionar oder Cedent die Rechte der Gläubiger oder dieses Gläubigers wider den Gemeinschuldner verträte. Der *dritte* Fall redet von *Bestechung*, bei welcher die Prävarikation schon durch die Annahme des Geschenkes oder des Versprechens vollendet ist, wenn gleich der bestochene Advokat noch keine Handlung zum Schaden seiner Parthei unternommen hat. Diese drei Prävarikationsfälle ziehen schon das erstemal die Remotion nach sich. Dagegen wenn der Advokat in einer Sache dient, worin er dem Gegentheil nur ei-

nen Rath erteilt, oder denselben nach eingezogener Information von sich gewiesen hat, muß die Strafe gelinder seyn; das erstemal wird er mit Suspension, im Wiederholungsfalle mit Remotion bestraft. Eben dieses hielt ich für gerecht, wenn ein Advokat in einer Sache, worin er bei deren Behandlung im unstreitigen Wege z. B. im Kaufkontrakte der Beistand oder Rechtsanweiser einer Parthei war, die Vertretung für die Gegenparthei im Prozesse übernimmt. Er versetzt sich dadurch in eine Kollision seiner Pflichten und beladet jenes aussergerichtliche Geschäft mit dem Verdachte einer Ueberlistung. Die Uebernahme des Mandats zur Insinuation ist zwar keine wahre Prävarikation, aber doch eines theils unanständig, anderntheils könnte sie zur Bemäntelung der Prävarikation dienen, sie ist also unter einer Geldstrafe verbothen. Nun zählen einige auch den Fall hieher, wenn ein Advokat zwei Partheien in zwei verschiedenen Sachen dient; allein daraus entstehet keine Kollision seiner Pflichten; keine Parthei ist schuldig, alle ihre Sachen demselben Advokaten zu übertragen, kein Advokat also gehindert, in der einen Sache Pflichten für eine Parthei, und in der andern Sache Pflichten für die andere Parthei zu übernehmen. Ich habe

also diesen Fall ganz mit Stillschweigen übergegangen.

§. 7.

Besondere Pflichten der Advokaten bei Uebernahme eines Prozesses.

Neben den allgemeinen Pflichten ist es nothwendig, die besonderen Pflichten eines Advokaten in dem Augenblick, wo er die Vertretung einer Rechtssache übernimmt, genau vorzuzeichnen, denn dieser Moment muß vom Gesetze benützt werden, um dem Leichtsinne oder der Gewinnsucht im Anfang einen Damm entgegen zu setzen. Vergebens ordnen die Gesetze an, daß der Advokat sich vor Uebernahme einer Sache über deren Verhältniß genau erkundigen soll, wenn sie nicht hiemit die Mittel verbinden, woraus man sich von der Erfüllung jener Pflicht sogleich überzeugen kann. Dieses Mittel liegt bei jenen Fällen, wo der Advokat nicht ohnehin eine schriftliche Information von seiner Parthei erhält, in dem *Informationsprotokolle*, welches ich aus der *preussischen* Gerichtsordnung hieher übertragen habe. Es leistet einen doppelten Gewinn, eines theils dient es zum indirekten Zwange dahin, daß die Advokaten eine genaue Prüfung der Sache mit ihren Klienten anstellen, andern-

theils zur Kontrolle gegen Advokaten und Partheien, indem die letzten öfters angeben, der Advokat habe fälschlich in ihrem Namen etwas behauptet, was sie ihm nicht gesagt hätten, die ersten hingegen ihre Verdrehungen oder ihr freventliches Prozessiren damit entschuldigen, daß sie falsch von den Partheien unterrichtet worden seyen. Der Advokat muß jederzeit sich mit dem Informationsprotokolle legitimiren können.

§. 8.

Rechte der Advokaten.

Die Rechte der Advokaten bestehen zunächst in dem für ihre Arbeiten gebührenden Honorar. Es ist billig, auch sie von allen Weitläufigkeiten eines besondern Prozesses über ihre Deserviten und Auslagen zu befreien, deswegen wurde den Gerichten die schleunigste Beitreibung des Deservits, allenfalls mittelst Requisitorialien aufgetragen. Der Advokat kann jederzeit einen verhältnißmässigen Vorschuss von der Parthei verlangen. Die Deserviten sollen nicht übermässig, und, soweit eine Taxordnung vorhanden ist, nach derselben angesetzt seyn. Viele Arbeiten der Advokaten lassen sich allerdings taxiren, z. B. Fristgesuche, Kontumazialanklagen, Gesuche um Justiz-

beförderung, Klagen in gemeinen Schuldsachen, Taggelder bei Tagsfahrten, Abschriften u. d. für viele Arbeiten hingegen läßt sich keine Taxe entwerfen, und daß man die Arbeiten nicht nach der Bogenzahl taxiren dürfe, ist eine längst anerkannte Sache. Hier muß also *billiges Ermessen* des Richters eintreten; aber die Klage der Advokaten über *willkührliche und unbillige* Moderationen ist oft gerecht, denn nicht selten sprechen die Gerichte Moderationen oder gar Aversionalquanten aus, daß der Advokat kaum die Auslage zurückbekommt. *Wer dem Altare dient, der soll vom Altare leben.* Die Herren Justizräthe sollen *billig*, aber nicht aus Billigkeit *unbillig* seyn. Auslagen und taxmässige Ansätze dürfen gar nicht gemindert werden, einer Moderation sind also nur die in der Taxordnung nicht stehenden Deserviten unterworfen. Hier hat der Advokat in meinen Augen die Präsumtion solange für sich, bis ein Uebermaas gezeigt werden kann; gegen billige Ansätze ist eine Moderation durch ein Aversionalquantum ohnehin offenbar *unbillig*. Man muß auf den Gegenstand des Streits, auf dessen Schwierigkeit und auf die vom Advokaten seiner Parthei verschafften Vortheile sehen, zwar kein Uebermaas dulden, aber auch den verdienten Lohn nicht willkührlich schmälern.

lern, und bedenken, daß der Advokat viele Zeit und Arbeiten umsonst verwenden, daß er armen Partheien unentgeltlich dienen muß, oft von halb vermögenden keine Bezahlung erhält!

§. 9.

Deservitenbuch.

Zur Kontrolle gegen den Advokaten, damit er keine Parthei in Ansätzen übernehme, und zum Beweise für den Advokaten über seine Gebühren dient das Deservitenbuch, dessen Formen das Gesetz nicht umgehen kann. Bei dem Beweise ist hierauf (Buch II. Kap. VI. §. 14.) Rücksicht genommen.

§. 10.

Wirkung der Bevollmächtigung. General - und Spezialvollmacht.

Unter den Wirkungen der Bevollmächtigung, welche sich auf die Natur des Mandatsvertrags gründen, ist es für Prozeßlegislation besonders wichtig, die Grenzlinie zwischen der General - und Spezialvollmacht richtig zu zeichnen.

Der Satz, welchen man dafür gewöhnlich angiebt, daß der Anwalt bei allen Handlungen von *großem Präjudiz* einer besondern Vollmacht bedürfe, kann in seiner Allgemein-

heit jene Grenze für den Civilprozeß nicht bezeichnen. Schon die Klage ist hinsichtlich der Prozeßart eine Handlung von großem Präjudiz, die Antwort auf die Klage, die Unterlassung einer Einrede, die Beweisantrittung, kurz jede Prozeßschrift, wegen dessen was sie enthält oder nicht enthält, ist eine Handlung von großem Präjudiz: wohin würde uns also jener allgemeine Satz führen? Es läßt sich also die Grenze, wie weit die *allgemeine* Vollmacht im Prozesse reicht, nicht anders bestimmen, als daß sich dieselbe auf alle Handlungen erstreckt, welche *zum Laufe des Prozesses* gehören, es sey im Punkte der Klage oder der Widerklage, es gelte einer Handlung oder einer Unterlassung; daß hingegen alle andern Handlungen, welche *ausser jenem Prozeßgang* liegen, eine *besondere* Vollmacht fordern. Die Beifügung einiger erläuternden Beispiele war zur grösseren Deutlichkeit und leichteren Anwendung jener Bestimmungen über eine für die Prozeßlegislation schwere Frage nothwendig.

§. 11.

Restitution der Parthei gegen Versäumnisse ihres Anwalts.

Die Frage, ob eine Parthei gegen einen ohne ihr Verschulden, von ihrem Anwalt ver-

absäumten Termin sogleich in den vorigen Stand wieder einzusetzen sey, oder ob sie erst auf Entschädigung gegen ihren Anwalt klagen müsse? haben die Gesetze von den Römern an verschieden beantwortet.

Die Römer verfolgten strenge die Grundsätze vom Bevollmächtigungsvertrag, und forderten, daß vorher der nachlässige Anwalt ausgeklagt werde, weil sich es Jeder selbst beimessen muß, wenn er keinen fleissigen Anwalt wählte*). Dieses war nun offenbar nicht konsequent, weil einestheils kein Verschulden darin gefunden werden kann, wenn eine Parthei dem vom Staate öffentlich bestellten Advokaten den schuldigen Fleiß zutraut, und weil anderntheils mit der Voraussetzung, daß man sich selbst die unglückliche Wahl beimessen müsse, eine Wiedereinsetzung auch nach der Ausklage des Anwalts nicht bestehen kann. Inzwischen war jene Bestimmung aus dem römischen Rechte in die Kammergerichtsordnung und durch dieselbe in viele Prozeßgesetzbücher eingedrungen. Doch hat schon im Jahre 1786. das ehemahlige Reichskammergericht jenen Satz

*) L. 59. D. ex quibus causis maiores L. 10. C. de procurator.

durch ein Senatusconsult abgeändert, und seinen Beschluß durch einen meisterhaften Bericht an Kaiser und Reich *) gerechtfertiget. Mit Uebergehung der aus dem positiven Rechte zu entnehmenden Gründe beschränke ich mich auf die legislativen Rücksichten. 1) Unbillig wäre es in Ansehung der Anwälte, einen Gedächtnisfehler, welchen ein Mann von ausgebreiteten Geschäften leicht begehen kann, oft mit dem Verlust seines ganzen Vermögens zu strafen. 2) Den Partheien wäre auch mit der Regressklage oft gar nicht gedient, denn sie müßten doch erst den Ausgang des Prozesses abwarten, ehe sie sagen könnten, daß sie durch die Schuld des Advokaten *überhaupt* wirklich verletzt wurden, und dann käme es erst noch auf *die* Frage an, ob sie den Prozeß verlohren haben *wegen der Ungerechtigkeit* ihrer Sache oder *wegen Versümmniss* des Anwalts? und wie nun, wenn der Advokat, welcher den Beweistermin oder die Appellationsfatalien versäumt hat, sagte: die Parthei sollte sich eher bedanken, als Entschädigung verlangen, denn er habe ihr nur vergebliche Kosten erspart?

*) Reufs Beiträge zur neuesten Geschichte der reichsgerichtl. Verfassung B. III. S. 206. *mein* Handb. B. I. Abh. XXII.

Ferner würde 3) der Advokat vom Gesetze zu einer Art von Prävarikation gezwungen, wenn er in eben derselben Sache gegen seine Parthei auftreten müßte, um durch den Beweis, sie habe auch ohne sein Verschulden Unrecht gehabt, die Entschädigungsklage zu entkräften. 4) Endlich würde jenes Gesetz seinen eigenen Zweck verfehlen. Termine sind gegeben, um *Prozesse abzukürzen*, die Versagung der Restitution und die Entschädigungsklage gegen den Anwalt würde nicht nur die Entscheidung des alten Prozesses als Präjudicialfrage nothwendig machen, sondern noch einen fatalen *neuen* Prozeß veranlassen. Ueberhaupt wird 5) der rechtliche Mann es mit der Delikatesse und Rechtlichkeit wohl vereinbaren können, aus dem Verschulden *des Anwalts* den Gewinn eines *ungerechten* Prozesses zu ziehen, und hat er eine *gerechte* Sache, so schadet ihm die Restitution nicht, weil sie blos den Zustand herbeiführt, in welchem die Sache ohne Verschulden des Anwalts sich befunden hatte.

Aus diesen Motiven habe ich in dem unterstellten Falle die Restitution gegen verabsäumte Termine und Nothfristen ohne Unterschied, ob der Advokat Entschädigung leisten könnte oder nicht, den Partheien zugestanden.

Nur mußten hiemit strenge Strafen gegen den nachlässigen Anwalt verbunden werden, theils um die Advokaten von Nachlässigkeiten abzuhalten, theils dem Mißbrauche zu steuern, der bei solchen Restitutionen sonst zu besorgen wäre, indem der Advokat auch bei einem durch Verschulden seiner Parthei verabsäumten Termine die Schuld der Verabsäumung auf sich nähme, wenn die Parthei für ihn die Geldstrafe zahlt, wozu sich diese, als kleinen Preis ihrer Restitution, gewiß verstehen würde.

§. 12.

Legitimation des Anwalts.

Von der wirklichen Bevollmächtigung hängt die Gültigkeit aller in fremden Namen geführten Verhandlungen ab, sie ist also weit mehr, als bloße Formalität, und das Gesetz muß genau bestimmen, wie die Bevollmächtigung geschehen soll. Zn Generalvollmachten für streitige Rechtssachen können mit Nutzen gedruckte Formulare eingeführt werden, damit in einem Punkte, welcher bei den meisten Prozessen vorkommt, Genauigkeit und Gleichförmigkeit herrsche; ohnehin dienen dergleichen gedruckte Formulare zur Erleichterung.

§. 13.

Wenn die Legitimation geschehen müsse.

Bisher waren die Gesetze und Gerichte in Berichtigung der Legitimation der Anwälte viel zu nachsichtig, oft haben sie dieselbe bis zum Ende der Verhandlungen verschoben, so gefährlich es auch ist, einen Prozeß mit Zeit und Kosten zu verhandeln, und erst am Ende zu fragen, ob das verhandelte gültig sey? Mit dieser üblen Gewohnheit schlich sich noch ein anderer Mißbrauch ein, indem man vor dem Urtheil, oft vor dessen Verkündung, den Partheien die Erklärung abforderte, ob sie die Verhandlungen ihrer Anwälten genehm halten! als ob diese Frage bei bevollmächtigten Anwälten aufgeworfen werden könnte; gewöhnlich löste sich auch das ganze Ratifikatorium in eine bloße Formalität auf, welche die Partheien nur Geld kostete.

Diesen Mißbräuchen muß das Gesetz vorbeugen, und ernstlich darauf dringen, daß dasjenige, was zur Gültigkeit des Verfahrens gehört, auch ohne Verzug berichtigt werde. Wegen der Wichtigkeit des Legitimationspunkts habe ich bestimmt, daß die Vollmachten den Partheien wechselseitig mitgetheilt werden sollen, was bei gedruckten Formularen

ren im Duplikate sehr leicht geschehen kann, und auch bei dem kaiserlichen Reichshofrathe längst üblich war.

§. 14.

Vermuthete Vollmacht.

Die gewöhnliche Eintheilung des Auftrags in den ausdrücklichen und stillschweigenden schien mir für das gerichtliche Verfahren unbrauchbar, indem der einzige Fall einer stillschweigenden Vollmacht durch Vertretung einer gegenwärtigen Parthei (§. 12.) eigentlich mehr eine ausdrückliche Vollmacht ist, und die Gerichte von selbst sorgen werden, durch eine kurze Bemerkung zum Protokoll ihr das Gewand einer ausdrücklichen Vollmacht zu geben, dessen sie nicht einmal bedarf, wenn die Parthei das Protokoll selbst unterzeichnet. Hiernach blieb nur die Eintheilung in wahre und vermuthete Vollmacht übrig. Die Vermuthungsgründe liegen theils 1) im persönlichen Verhältniß zum Mandanten z. B. unter Ehegatten, Streitgenossen, theils 2) im Beweise des Zutrauens in den Mandatar, wenn derselbe die zur Sache gehörigen Urkunden, ein Blankett oder eine unvollständige Vollmacht hat, theils 3) im Stande des Mandatars bei öffentlich aufgestellten Advokaten. Die

Wirkungen einer vermutheten Vollmacht sind nach den zum §. 13. angegebenen Rücksichten beschränkt.

§. 15.

Wie die Vollmacht erlösche.

Diese Bestimmungen bedürfen keiner näheren Erläuterung.

Fünftes Kapitel.

Allgemeine Bestimmungen über das gerichtliche Verfahren.

§. 1.

Prozessarten.

Dieses Kapitel soll jene Materien enthalten, welche bei allen streitigen Rechtssachen ohne Unterschied der Prozessart vorkommen; eine genaue Einhaltung der Grenzen dieses Kapitels für Legislation war keine leichte Aufgabe, damit nichts wirklich Allgemeines übergangen werde, und dennoch keinem Schulsysteme zu Gefallen, Materien, welche mit Gegenständen des besonderen Theils in genauerer Verbindung stehen, vom besondern Theile getrennt wer-

den. Dafs z. B. die Theorie vom Beweise, von der Rechtskraft, und von Rechtsmitteln, auch mit den allgemeinen Bestimmungen verwandt sey, haben verdienstvolle Gelehrte*) richtig bemerkt. Allein man wird nicht läugnen, dafs sie in natürlicher Ordnung, die einem Gesetzbuch mehr als ein strenges Schulsystem gebührt, mit dem besondern Theile, wo vom Beweise und von Rechtsmitteln gehandelt wird, näher zusammenhängen; und diese Ordnung habe ich eingehalten.

Die *Prozefsarten* machen den Anfang. Die Doktrin war geneigt, auch der Privatwillkühr einen Einfluß auf das gerichtliche Verfahren zuzugestehen, und hierdurch den Prozeß in den *gesetzlichen* und *vertragsmässigen* einzutheilen. Allein eine gute Legislation kann der vertragsmässigen Ordnung des Verfahrens vor Gericht die Sanktion nicht ertheilen, denn es ist eine widersinnige Zumuthung an den Richter, dafs er in jeder Streitsache seine Handlungen nach den Launen und der Willkühr kontrahirender Privaten bemessen soll.

*) Grolman Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 80 — 101. Martin im Lehrbuch des bürgerl. Proz. §. 96 — 128.

Daher wurde der sogenannte vertragsmässige Prozeß (Num. 5.) zwar abgeschafft, jedoch mit solcher Vorsicht, daß nicht manchen gültigen Verabredungen der Kontrahenten zu nahe getreten wird. Allerdings können sie auf die Appellation bei Streitigkeiten über einen Vertrag im Voraus Verzicht leisten; aber sie können die Appellationsfristen oder Formalitäten, die Appellationssumme u. d. nicht abändern; die erste Verabredung ist gültig, weil sie die gesetzliche Ordnung des Verfahrens nicht ändert, die letzte Verabredung ist ungültig als eine Abänderung jener gesetzlichen Ordnung.

Der Prozeß wird (Num. 1. u. 2.) in den *ordentlichen* und *summarischen* eingetheilt, jener bildet die Regel, dieser die Ausnahme, aber nicht in dem Sinne, als ob bei den summarischen Prozessen die Förmlichkeiten des ordentlichen Prozesses vernachlässiget wurden, sondern in dem Sinne, daß die summarischen Prozesse meistens eine ausserordentliche Rechtshülfe zum Zwecke haben, und deswegen auch bei denselben ein ganz eigenthümliches von jener Regel abweichendes Verfahren eintritt*), weshalb denn die Bestimmungen über den or-

*) Handbuch Band II. Abh. XXIX.

entlichen Prozeß auch für die summarischen gelten, solange nicht das Gesetz eine Ausnahme macht.

Unter diesen summarischen Prozessen sind einige zum Vortheil des Klägers, wie der Exekutiv- und Wechselprozeß zugelassen, andere aber, wie bei Rechnungssachen, Kulturstreitigkeiten und dem Konkurse der Gläubiger u. d. als allein zulässig geboten. In Ansehung der ersten kann der Kläger eine minder vortheilhafte Prozeßart wählen*), daher sind Bestimmungen über die Wahl der Prozeßart (N. 3.) nothwendig. Billig gehet man von dem Satze aus, daß es bei der Regel bleibt, bis aus einer Handlung des Klägers seine Absicht, eine besondere Prozeßart zu wählen, klar hervorgehet. Diese Absicht muß aus dem Inhalt und besonders dem Petitum der Klage erkannt werden, denn bei einer Klage, deren Vordersätze und Bitte genau nach der Natur des Exekutiv- oder Wechselprozesses abgemessen sind, kann man die Wahl der Prozeßart nicht bezweifeln, wenn auch die mehr zufällige Ueberschrift der Klage einen Zweifel übrig lassen sollte.

Nothwendig war das Verbot (Num. 4.) die Sache statt der vom Kläger gewählten aber

*) Handbuch Band II. Abh. XXX.

unstatthaften Prozessart in einer andern zulässigen einzuleiten. Jede Prozessart hat ihre Eigenheiten, wer im Exekutivprozesse klagt, übergeht manchen Umstand, enthält sich mancher Klagenhäufung, weil er dafür keine Urkunden hat, er würde aber im ordentlichen Prozesse jenen Umstand angeführt oder der Klagenhäufung sich bedient haben; wie leicht könnte nun der Richter dem Kläger schaden, wenn er dessen bloß für jene vorzügliche Prozessart eingerichtete Klage im ordentlichen Prozesse einleiten wollte! Die *Ordinationen*, welche in der Prozesstheorie so viele Kontroversen und in der Anwendung so viele Schwierigkeiten*) hervorgebracht haben, sind hier, sowohl als im Appellationsverfahren verschwunden, und so wurde der Entwurf von einem höchst komplizirten Institute frei.

§. 2.

Richterliche Prozesdirection.

Besonders wichtig ist eine richtige Grenzbestimmung zwischen der Gewalt des Richters

*) Ueber *Ordinationen* siehe mein Handbuch Bd. III. Abh. LXIX. verglichen mit v. Almenningen *Metaphysik des Civilprozesses* Num. VIII.

und der Willkühr der Partheien, damit weder auf einer Seite der Richter zu sehr von dem Willen der Partheien abhängig gemacht, noch auf der andern Seite diese Willkühr gegen die Natur disponibler Gegenstände zu stark eingeschränkt wird.

Dem Richter ist vordersamst (Num. 1.) die Leitung des Prozesses übertragen. Zwar ruhet der Entwurf, wie schon im Eingange der Motive gezeigt wurde, vorherrschend auf dem Prinzip der Verhandlung, ohne Einmischung jener Komplikationen, welche man wegen der beigemischten Inquisitionsform an dem preussischen Prozesse *) nicht ohne Grund tadelte. Aber dennoch bedurfte die richterliche Funktion einer Erweiterung, damit der Richter für Beförderung des Zweckes eines jeden Prozesses ungehindert thätig seyn kann.

Vor allem gehört (Num. 2.) dasjenige, was als Subsumtion unter das Gesetz zu betrachten ist, folglich das Jus und dessen An-

*) Grolman Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 78. Note b. Seite 128. Ueber den Geist des preussischen Prozesses vergl. Handb. Bd. I. Abh. VIII.

wendung auf den vorliegenden Streit, zum Amte des Richters, der in dem Akte seiner Reflexion von der Willkühr der Partheien gar nicht abhängt; und zwar nicht blos in Hinsicht auf die Hauptsache, sondern auch in Hinsicht auf das gerichtliche Verfahren in allen Stadien des Prozesses. Mit mehr Schein als Wahrheit unterscheidet Hr. v. Almendingen*), um den Unterschied zwischen Appellation und einfacher Beschwerde zu finden, die *Reflexionsakte* von den *Willensakten*, dort soll der Richter als *decidirendes*, hier als *handelndes* Subjekt erscheinen, dort durch das *Urtheil* seine *Meinung* als Akt des *Verstandes* verkünden, hier nach dem Reflexionsakte *handeln* und einen Akt des *Willens* vollenden. Dieser Ansicht gemäß rechnet er zwar alle *Urtheile*, selbst die reinen und gemischten Interlokute zu den *Reflexionsakten*, dagegen alle Prozeßleitende *Dekrete*, alle prozessualische *Verfügungen*, alle *Exekutionsbefehle* zu den *Willensakten*. Die *Exekution* als ein richterlicher Willensakt, nicht das *Urtheil* als ein Reflexionsakt, soll Zweck der Klage seyn. Wie man sich das Letzte bei der Negatorienklage oder bei einem Gerichte ohne Vollstre-

*) Metaphysik des Civilprozesses Abh. III.

ckungsgewalt denken kann, sey hier nur im Vorübergehen bemerkt. Das Täuschende jenes ganzen mit vielem Scharfsinn dargestellten Unterschieds leuchtet von selbst ein, wenn man erwägt, daß alle jene sogenannte Willensakte nur die Folge oder vielmehr die Einkleidung eines Reflexionsaktes sind, und daß ein Kommunikativdekret, oder ein Exekutionsbefehl eben so gut als ein Urtheil das Resultat der richterlichen Reflexion, oder einer Subsumtion unter das Gesetz über das prozessualische Verfahren ist. So erscheinen denn die richterlichen Handlungen, Verfügungen, Dekrete, Befehle und Urtheile nur als Ausflüsse der richterlichen *Reflexion*, diese ist der Grundstein für die Gewalt des Richters im Gegensatz des Vorbringens der Partheien *), und es muß Grundsatz seyn, der Richter ist in Gegenständen der Reflexion über die Vorträge und Anträge der Partheien von der Willkühr derselben unabhängig. Die Folgen dieses Satzes sind im Texte angeführt, mit welchem jedoch die drei folgenden Beschränkungen im Zusame

*) Vergl. hierüber Handb. B. I. Abh. X. womit übereinstimmt Grolman l'heorie des gerichtl. Verfahr. §. 125. Martin Lehrbuch des gem. Proz. §. 65.

menhange stehen. Nur jene Thatsachen (N. 3.) darf er bei der Entscheidung berücksichtigen, welche in prozessualischer Ordnung zu den Akten gekommen sind, ohne seiner Privatwissenschaft von der Streitsache zu folgen nach dem Axiom: *quod non est in actis, non est in mundo*. Er darf (Num. 4) einer Parthei nicht mehr zuerkennen, als sie verlangt (*non ultra petita partium*) weder in Ansehung der Hauptsache noch der Nebensachen. Pertinenzien sind zwar in der Hauptsache als Theile derselben begriffen, aber Früchte, Zinnsen, Schaden und Kosten (*id quod interest*) darf der Richter nicht weiter zusprechen, als sie verlangt wurden. Diese Bestimmung weicht zwar von den meisten Gesetzbüchern ab, welche den Richter verbinden, hierauf auch ohne Verlangen der Partheien von Amtswegen zu erkennen; allein man sage mir, ob das Gesetz nicht Grund habe, von jenem, der nur die Sache und nicht die Früchte, nur das Kapital und nicht die Zinnsen einklagte, anzunehmen, daß er weder Früchte noch Zinnsen wolle, eben weil er sie nicht gefordert hat? Und in welche Fälle könnte jene Uebertreibung der suppletorischen Gewalt des Richters ausarten! Bei einem Wechsel können die Zinnsen bereits zum Kapital ohne allen Wucher geschrieben seyn, und der

Richter würde unaufgefordert Zinnsen von Zinnsen zusprechen: oder der Beklagte, der gar keinen Grund fand, sich ohne Anlaß über ungeforderte Früchte und Zinnsen zu vertheidigen, würde durch jenes unerwartete suppletorische Amt um seine Einreden verkürzt! Soweit die richterliche Reflexion zu erstrecken hielt ich für widerrechtlich und zweckwidrig.

Aus eben diesem Grunde habe ich dem Richter (Num. 5.) verboten, Einreden von Amtswegen zu ersetzen. Von den sogenannten faktischen Einreden hat man dieses ohnehin nicht bezweifelt, aber die Rechtseinreden z. B. *Senatus consulti macedoniani, vellejani*, insonderheit die Einrede der Verjährung, hat man hier und da ausnahmsweise durch den Richter ersetzen lassen, wenn sich auch die Parthei darauf nicht berief, wenn nur die Einrede aus den Akten als gegründet erschien. Allein bei allen Einreden, welche erst durch ihren Gebrauch vom Anspruch befreien, muß das Gesetz treu dem Prinzip, *non ultra petita partium*, von jedem Beklagten aus dem Nichtgebrauch einer Einrede schließen, daß der Beklagte sich derselben nicht bedienen wollte oder konnte. Ueberhaupt widerspricht die Er-

gänzung der Einreden durch den Richter dem Geiste einer Civilgesetzgebung, welche ein Geschäft für gültig erkennt, und dagegen die Vertheidigung durch eine Einrede erlaubt. Warum sollte auch das Gesetz dem Richter erlauben, dem Beklagten eine Einrede aufzudringen, welche derselbe nicht benützen zu wollen, eben dadurch erklärte, daß er sie nicht entgegensetzte? Warum sollte ihm der Richter den Sieg durch eine Einrede aufdringen? deren er sich oft absichtlich nicht bediente: denn mancher Mensch findet sich durch Delikatesse bestimmt, eben dieser oder jener Einrede z. B. der Verjährung den Sieg nicht verdanken zu wollen.

Einfachheit sey des Gesetzes erstes Streben. Einfach ist das Amt des reflektirenden Richters, wenn er über die gebrauchten Vertheidigungsgründe nach den Gesetzen erkennt; die Zumuthung, daß er Vertheidigungsgründe supplire, und so gleichsam den Advokaten und Richter zugleich mache, trägt grosse Verwicklung in das Gesetz, und setzt den Richter oft in unnöthige Verlegenheit.

Nun folgen (Num. 6 — 13.) Gegenstände, bei welchen die eigentliche Prozeßdirektion ihre Wirkungen äussert, und die hierüber an-

gegebenen Bestimmungen sind durch sich selbst gerechtfertiget.

§. 5.

Verhandlungen der Partheien.

Den Gegensatz der richterlichen Gewalt bilden die Verhandlungen der Partheien, um auch von dieser Seite die Gränze zu bestimmen. Nach dem Spruche: *ite in factum, jura noscit curia*, ist das *Faktische* im Prozesse (Num. 1.) der wesentliche Gegenstand ihrer Verhandlung, wozu ich jedoch aus den vorher angeführten Gründen auch die aus den Umständen abgeleiteten Anträge und Einreden (Num. 2.) zählen mußte. Das *Juristische* ist nur eine Vorarbeit zur Erleichterung der richterlichen Reflexion, daher solche (Num. 5.) den Partheien unter den Vertheidigungsmitteln, doch mehr als unwesentlicher Theil, verstattet.

In Ansehung des Faktischen haben die Verhandlungen einen doppelten Zweck, *erstens* damit jede Parthei die Umstände, woraus sie ihr Recht (*agendo vel excipiendo*) und welche Befugnisse sie daraus ableitet, sammt den nöthigen Beweisen (Num. 3.) angebe; *zweitens* damit man von jedem Theile eine bestimmte Erklärung (Num. 4.) erhalte, ob er

die faktischen Behauptungen oder Beweise seines Gegentheils als richtig anerkennt oder bestreitet. Die erste Bestimmung bezeichnet die Grenze zwischen dem Objekte der Verhandlungen der Partheien und der richterlichen Reflexion, welche zum vorhergehenden §. erläutert wurde, die zweite Bestimmung fordert eine nähere Betrachtung.

Seit dem jüngsten Reichsabschied (v. J. 1654.) in welchem die Reichsgesetzgebung neben der Aufhebung des artikulirten Prozesses eine wichtige Reform durch das Gebot einer *speziellen Litiskontestation* gemacht hatte, sprachen die Rechtslehrer von dieser Litiskontestation nur bei der Antwort auf die Klage, und die Gesetzbücher, welchen ein allgemeiner Theil mangelte, konnten den Satz in jener Allgemeinheit, wie ihn Legislation und Doktrin im Prozesse braucht, nicht aussprechen.

Allen Wechselverhandlungen unter den Partheien müssen die Gesetze die Richtung geben, daß ein Theil *faktische Vertheidigungsmittel*, entweder durch Behauptung von That-sachen oder durch Vorlage der Beweismittel, vorbringt und der andere Theil sich *dagegen vertheidiget*. Diese Vertheidigung kann beste-

hen entweder in einer *Abläugnung* dessen, was der Gegentheil vorbrachte, oder im Vorbringen *selbstständiger* entgegengesetzter Behauptungen (*Einreden*) oder entgegengesetzter Beweise (*Gegenbeweis*). Das *Zugeständniss*, es mag sich auf Thatumstände oder auf Beweise beziehen, ist *niemals* ein Vertheidigungsmittel.

Wenn nun eine Prozeßgesetzgebung, weil sie auf dem Prinzip der Verhandlung ruhet, den Satz ausspricht, daß nur jene Vertheidigungsmittel berücksichtigt werden sollen, deren sich die Partheien *ausdrücklich* bedient haben, so würde sie mit sich selbst in Widerspruch verfallen, wenn sie die vom Gegentheil weder widersprochenen noch zugestandenen Thatsachen für *stillschweigend widersprochen* ansehen wollte; vielmehr muß sie für *alle* Streitverhandlung von der Klage auf die Antwort an bis zur letzten Schrift im Prozesse den Satz festhalten, die *Abläugnung* des faktischen gegentheiligen Vorbringens muß als *Vertheidigungsmittel* nach allen Umständen und Beweisen, welche man in Abrede stellen will, *speziell* seyn, jedes nicht ausdrücklich widersprochene Faktum muß für *stillschweigend zugestanden* geachtet werden; daher kann folgerecht das *Zugeständniss* allgemein und stillschwei-

gend seyn, aber die *Abläugnung* muß speziell und ausdrücklich geschehen, und ein allgemeiner Widerspruch ist, gleich der allgemeinen Einwendung aller zulässigen Exzeptionen, ohne alle Wirkung.

Diese Entwicklung aus dem Wesen der Verhandlungen giebt dem Gebote der speziellen Litiskontestation für *alle* Verhandlungen unter den Partheien, für die Replik, für die Beweismittel, wie für die Exzeptionsschrift jene allgemeine Gültigkeit, deren wir überhaupt und besonders in der Voraussetzung bedürfen, daß die Beweisantretung mit den ersten Streitschriften verbunden wird; jenes Gebot in dem hier dargelegten Sinne erprobt, daß z. B. eine Urkunde, deren Aechtheit der Gegentheil in den ersten Verhandlungen nicht abläugnet, als anerkannt geachtet wird, und ohne Produktionstermin den Richter zur Fällung des Endurtheils berechtigt.

Mit dem Satze: *qui tacet consentire videtur*, wie er bei den *Verträgen* als stillschweigende Einwilligung vorkommt, hat diese Bestimmung über Vertheidigung durch spezielle Abläugnung nichts gemein, auch ist sie das einzige und gerechte Verwahrungsmittel gegen
das

das bisher gewöhnliche Haschen einer Parthei nach Geständnissen ihres Gegentheils, dessen Schädlichkeit Weber *) sehr treffend gezeigt hat.

Widersprüche, deren sich eine Parthei in ihren Verhandlungen schuldig macht, soferne sie das *Faktische* angehen, und nicht als alternative oder subsidiäre Vertheidigungsgründe neben einander bestehen können, müssen zwar wider den sich selbst widersprechenden Theil ausgelegt und dadurch zum Vorthail seines Gegners gehoben werden; auch ist den allgemeinen Bestimmungen zufolge eine Strafe anzuwenden, wenn aus dem Widerspruch eine Chicane hervorleuchtet; jedoch hielt ich nicht für zweckmässig, noch andere Nachtheile, welche in andern Gesetzbüchern vorkommen, damit zu verbinden. Auch ziehet nicht jeder anscheinende Widerspruch die Folgen nach sich, und insbesondere darf man hierunter nicht jene Fälle zählen, wo das Gesetz den alternativen oder eventuellen Gebrauch scheinbar widersprechender Vertheidigungsmittel zulässt, wie man mit der Klage gegen ein pflichtwidriges Testament die Klage auf Ergänzung des

*) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung Seite 107.

Pflichttheils, oder mit Abläugnung des Anlehens die Einrede der Kompensation oder der Verjährung verbinden kann.

Hierdurch erhält auch das bekannte Axiom: *qui excipit, non fatetur* seine nothwendige Berichtigung *) und mich wundert, wie eine so einfache und klare Sache so vielen Widerspruch finden konnte. Bei einem Gesetze, welches im Geiste des Verhandlungsprinzips eine spezielle Litiskontestation anordnet, und durch das Axiom: *reus excipiendo fit actor*, jenem Gebote seine Ausdehnung auf beide Partheien für alle Prozeßverhandlungen giebt, läßt sich an der Wahrheit des Satzes nicht zweifeln, daß alle nicht speziell und ausdrücklich abgeläugnete Thatsachen für zugestanden und unstreitig geachtet werden müssen. Auf den legislativen Standpunkt kann er ohnehin

*) L. 9. D. und L. 9. C. de exception. L. 43. D. de Reg. Jur. Cap. 63. de Reg. Jur. in 6. und Cap. 6. X. de except. *Mein Handb.* Bd. II. Abh. XXXVI. dagegen v. Krüll Prüfung einzelner Theile des bürgerl. Rechts Bd. II. N. 2. besonders A d. Dietr. Weber Beiträge zu der Lehre von den Klagen und Einreden II. St. n. 15. Thibaut Pandektenrecht B. III. §. 1139. Martin Lehrb. §. 142.

nicht bestritten werden. Diesemnach ist es richtig, aus einer *Einrede* kann auf das Geständnis der Klage nicht geschlossen werden, vielmehr darf der Beklagte mit einer Abläugung des Faktums der Klage eventuell eine *Einrede* verbinden, welche jenes Faktum als wahr voraussetzen scheint; wenn aber der Beklagte (und eben so der Kläger in der *Replik*) das Faktum der Klage nicht speziell und ausdrücklich abläugnet, sondern bloß eine zerstörlche *Einrede* entgegensetzt, so ist die Klage zugestanden, *nicht wegen der Einrede*, sondern wegen unterlassener speziellen negativen Antwort.

Deduktionen (Num. 5.) sind als Vorarbeiten der richterlichen Reflexion von dem faktischen Vorbringen und den Anträgen (*Petita*) der Partheien wesentlich verschieden, und ihre Tendenz zur schärferen Bezeichnung dieses Unterschieds angegeben worden.

§. 4.

Vollständige Rechtsvertheidigung.

Der Satz: Niemand darf ungehört verurtheilt werden, ist keineswegs auf die Antwort des Beklagten gegen die Klage beschränkt, er durchdringt vielmehr als Grundsatz (*audiatur*

et altera pars) den ganzen Prozeß in allen seinen Theilen *), und mußte in jener Allgemeinheit ausgesprochen, an die Verhandlungen der Partheien angereiht und genauer zergliedert werden.

Der Kläger hat gleiches Recht auf Vertheidigung gegen die Exzeption des Beklagten, wie dieser gegen die Replick; jeder Theil hat also ein Recht auf vollständige Rechtsvertheidigung, und das ganze prozessualische Verfahren muß die Tendenz haben, diese Vertheidigung möglich zu machen, jedoch nur innerhalb der Grenzen, welche das Gesetzbuch vorschreibt; denn es fällt in die Begriffe, daß die Rechtsvertheidigung sich nicht ins Unendliche zur Verweigerung jedes Prozesses erstrecken kann, es bleibt daher eine wichtige Aufgabe der Gesetzgebung, die Zahl der zugelassenen Vertheidigungen so zu bestimmen, daß die Rechtsvertheidigung von beiden Seiten vollständig und dennoch das Verfahren abgekürzt ist.

Wie das prozessualische Verfahren diese unerläßliche Forderung erfüllt, ist zwar nicht für den Richter zufällig, als welcher auch über

*) Handbuch Band I. Abh. VII.

die Form die gesetzlichen Vorschriften befolgen muß, aber gleichgültig für den Gesetzgeber, welcher bald durch Mittheilungen zur Gegenhandlung oder auch bloß zur Nachricht, bald durch Verstattung der Einsicht bei Gericht, diese Forderung erfüllen läßt. In Gerichten, bei welchen offene Audienzen wie ehemals am Reichskammergericht statt finden, liegt die Einleitung zur wechselseitigen Vertheidigung im Gerichtsorganismus, indem vom Augenblick der Reproduktion in der Audienz an, Alles in Anwesenheit beider Partheien vorgeht, daher jedem Theile die Rechtsvertheidigung gegen das Vorbringen seines Gegners möglich ist.

Die relative Vollständigkeit führt nun zu dem Aktenschluß (*Conclusio in Causa*), welchen die älteren Gesetze durch eine Art von freiwilliger Submission der Partheien zum Spruche, andere durch einen richterlichen Beschluß, manche auch durch eine Tagsfarth zur Inrotulation der Akten eintreten ließen. Mir schien alles dieses überflüssig. Der Aktenschluß tritt sobald ein, als die in jeder Lage des Streits erlaubten Handlungen zu den Akten gekommen sind, folglich kraft des Gesetzes. Die Aufhebung des Aktenschlusses we-

214 Buch I. Kap. V. Allg. Bestimmungen
gen neu aufgefundenen oder veranlafster Ver-
theidigungsmittel ward hiemit verbunden.

§. 5.

Akteneinsicht.

Unter den Mitteln, die Rechtsvertheidigung möglich zu machen, verdiente die Akteneinsicht eine besondere Stelle. Unter den (Num. 2.) angegebenen Einschränkungen kann keiner Parthei die Akteneinsicht versagt werden, besonders da sie derselben öfters und zu verschiedenen Zwecken bedürfen. Auch die Fälle und Voraussetzungen, unter welchen ein Dritter von den Akten Einsicht nehmen kann, mußten bestimmt werden. Dafs die Absonderung der Relationen in jenen Ländern hinwegfällt, wo die Partheien von denselben eine Abschrift verlangen können, versteht sich von selbst.

§. 6.

Anfang des Streits.

Verschieden von der Rechtshängigkeit (§. 9.) ist der Anfang eines Streits, der nach dem Axiom: *wo kein Kläger ist, da ist kein Richter*, mit wirklicher Erhebung einer Klage vor Gericht eintritt. Die Untersuchungen in Civilstrafsachen machen hievon eine Aus-

nahme. Unter Streit und Klage ist nicht immer der Streit über die Hauptsache zu verstehen, vielmehr sind auch die vorbereitenden Streitpunkte darunter begriffen.

Dafs in streitigen Rechtssachen hinsichtlich der Personen, welche über ihr Vermögen frei disponiren können, kein *absoluter* Zwang zur Rechtsvertheidigung statt findet, ist ein Grundsatz, der in keinem Prozeßkodex fehlen darf, er bildet eine Grundlage, worauf die Gerichte und die Doktrin *) fortbauen können. *Bedingter* Zwang trifft vollkommen ein; wer seine Rechte nicht vertheidiget, ist in Gefahr, sie zu verlieren, und eine Parthei muß wohl, wenn sie ihre Rechte erhalten will, dieselben vertheidigen; der Beklagte verliert seine Einreden, wenn er sie nicht zur bestimmten Zeit vorbringt, die Urkunde wird für anerkannt, der Eid für verweigert angesehen; aber *absoluter* Zwang zur Vertheidigung veräusserlicher Rechte ist vernunftwidrig. Dieser *bedingte* Zwang enthält die Grundlage zu den wichtigsten Bestimmungen über die Folgen des Ungehorsams (§. 15.), in Ansehung des Streits im

*) Handbuch Band I. Abh. XIII. §. 4. Grolman
Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 78.

Ganzen wird der Beklagte in die bedingte Nothwendigkeit der Vertheidigung durch die Klage versetzt, bei dem Kläger tritt sie ein durch die Aufforderung zur Klage, und hierdurch ist der Platz gefunden, wo im Prozeßkodex die Provokation zu behandeln ist.

§. 7.

Aufforderung zur Klage.

Der bekannte Satz: *nemo invitus ad agendum compellitur* ist nicht mehr wahr, als der Satz, daß Niemand zur Rechtsvertheidigung gezwungen werden kann. Schon in der Verjährung liegt ein bedingter Zwang zum Klagen. Aus Veranlassung zweier Fragmente des römischen Rechts *) hatte die Praxis längst in zwei Fällen erlaubt, sich der Provokation als eines bedingten Zwangs zu bedienen, und doch will man noch heutzutag fragen, ob die Aufforderung zur Klage vom Gesetze zu begünstigen sey?

Vom *Begünstigen* handelt es sich eigentlich nicht, sondern vom *Zulassen* in allen jenen Fällen, wo die Aufforderung zur Siche-

*) L. 5. C. de ingenuis manumissis (*Diffamari*)
L. 28. D. de fidejuss. (*Si contendat*).

rung des Rechtes *nothwendig* ist, denn der höchste Zweck der Gesetze und der Justiz besteht in der Sicherstellung der Rechte und deren ruhigem Genusse. Ein anfechtbares oder von Ansprüchen bedrohtes Vermögen unterscheidet sich von einem gegen alle Ansprüche gesicherten Vermögen zu wesentlich, als daß nicht die Gesetze dem Bedrohten für jene Fälle, wo er nicht selbst klagen kann, wenigstens durch eine Aufforderung zur Klage das Mittel darbiethen sollten, sein Vermögen gegen Anfechtungen sicher zu stellen. Jene zwei mageren Fragmente, bei welchen die Römer nicht einmal daran dachten, die Provokationen zu normiren *), können wahrlich keinen Grund zu widerrechtlicher *Beschränkung* dieses nothwendigen Sicherungsmittels auf jene zwei Fälle abgeben, welche den Gegenstand in keiner Rücksicht erschöpfen. Man stelle sich einen Kaufmann vor, der seinen unentbehrlichen Kredit geschwächt sieht, weil Gerüchte

*) Meister de falsa probatione processus provocatorii ex jure romano. Goetting. 1742. in dessen Opusc. ad jus civile N. 11. sehr gründlich hat auch von Provokationen gehandelt Koch de foro competente provocationis ex Lege diffamari. Giessen 1777.

im Umlauf sind, er sey dem A. oder B. aus einer Vormundschaft, Sozietät u. d. beträchtliche Summen schuldig. Er kann nicht beweisen, daß das Gerücht eben von dem A. herkommt, er kann ihn also aus der berühmten *Lex diffamari* nicht provoziren, und doch ruinirt das Gericht seinen Kredit. Soll ihm nicht geholfen werden, soll der Gesetzgeber sich engherzig an ein römisches Fragment fesseln, damit vielleicht der schlaue Diffamant sich verberge, und mit Sicherheit gegen eine Provokation den Kredit seines Rivalen zerstöre? Auch hat schon längst die Praxis in vielen anderen Fällen die Provokationen zugelassen; bei Verschollenen, bei unbekannten Erben, bei verlohrnen Dokumenten u. d. wohin keine *Lex diffamari* oder *si contendat* hinreicht, und doch will man noch immer jene zwei Fälle als die einzigen aufstellen, wo eine Provokation statt findet?

War jene Beschränkung sogar nach dem vormahligen gemeinen Rechte*) falsch, so konnte ich dieselbe noch weniger auf dem le-

*) Den ausführlichen Beweis habe ich geliefert im Handb. Band IV. Abh. LXXIII.

gislativen Standpunkte *) billigen, vielmehr mußte die Provokation in allen Fällen erlaubt werden, wo sie zur Sicherung des Seinen nothwendig ist.

Als Aufforderung zur *Klage* kann sie nur auf klagbare Gegenstände und nur gegen jene Person gerichtet seyn, welcher ein klagbares Recht (Num. 1.) zustehen könnte. *Beschimpfende* Nachreden, wobei ohnehin der Satz gilt, *veritas convitii non liberat ab injuria*, gehören nicht in das Gebiet der Provokationen; daher habe ich auch, um jeder Mißdeutung vorzubeugen, den Rechtsnachtheil nicht in der alten Form des *ewigen Stillschweigen*, sondern in der Form ausgedrückt, daß ansonst das *Recht des Provokaten für erloschen* gehalten werde. Als ausserordentliche Rechtshülfe stehet aber die Provokation demjenigen, der über den Gegenstand selbst als Kläger auftreten könnte, niemals (Num. 2.) zu; auch entzieht sie dem Provokaten kein Recht hinsichtlich der Wahl des Gerichtsstands, der anzustellenden Klage oder der Prozeßart (Num. 3.).

*) Die preussische Gerichtsordn. Th. I. Tit. 32. §. 1. enthält noch jene Beschränkung.

Dafs übrigens die Provokation als ein Vorbereitungspunkt bei dem Gerichte des Provokanten, als Beklagten im Hauptstreit, angebracht werden könne, habe ich anerkannt, aber keinen Grund gefunden, diesen Gerichtsstand als den ausschliessend zuständigen zu erklären, indem es ungewifs ist, ob der Provokat klagt, ob er nicht zur Klage vor einem andern Gerichte berechtigt ist, und der Zweck der Provokation auch vor dem Richter des Provokanten *) erreicht werden kann.

§. 8.

Vergleichsversuche.

Dem Anfange eines Streits reihen sich die Versuche gütlicher Ausgleichung an, als das Mittel dem Prozesse vorzubeugen. Sie kamen in unsern Tagen als ein besonderes legislatives Problem, besonders durch dasjenige, was dafür in *Frankreich*, in *Dänemark* **) und in der *Schweiz* geschah, sehr laut zur

*) Die preuss. Gerichtsordnung Th. I. Tit. 32. §. 4. erklärt diesen Richter für zuständig.

**) Rothe Memoire sur l'origine et l'organisation des Comités conciliateurs en Danemarck. 1803. dagegen eine Rezension in der Jenaer allg. Literat. Zeit. 1804. St. 70. et

Sprache, und wenn man hört, daß durch besondere Vergleichsanstalten die Prozesse nach tausenden in der Geburt erstickt wurden, so wird man hingerissen vom Staunen, und geneigt zu dem Wunsche, jene Anstalten über ganz Europa verbreitet zu sehen. Doch ist nicht Alles, was glänzt, Gold! Jedes Ding hat seine Kehrseite, und schon ein bewährter und erfahrener Gelehrter *) erhob dagegen seine Stimme. Desto mehr wird man es mir verzeihen, wenn mich eine reizende Aussenseite und das Blendende eines neuen Instituts nicht hingerissen hat, und wenn ich Vergleichsversuche aus dem Standpunkt der Legislation in einem andern Lichte sehe.

71. wogegen erschien Rothe Beiträge zur Kenntniß der Vergleichseinrichtungen in Dänemark. Copenhagen 1804. L. Suhl über dänische Vergleichs - Commissionen, französische Friedensgerichte, kommissarische und kompromissarische Versuche zum gütlichen Vergleiche, und der letzteren eigenthümliche Vorzüge. Lübek 1809.

*) J. A. von der Becke (Oberapp. Gerichtsdirektor) über Verminderung und Abkürzung der Prozesse durch Vergleich. München 1812.

Prozesse sind nur dann ein *wahres* Uebel, wenn sie durch eine schlechte Civilgesetzgebung veranlaßt und durch eine schlechte Prozeßgesetzgebung verewiget werden. An sich betrachtet sind sie eine nothwendige Folge des belebten Verkehrs, eine Frucht der hiemit verbundenen Reibungen, und selbst für den Statistiker ein Maasstab, nach welchem er die Mannichfaltigkeit des Verkehrs und den Reichthum einer Nation beurtheilt. Unter schlichten Hirtenvölkern findet man wenige Prozesse, nicht ihres besseren Karakters wegen, sondern wegen ihres beschränkten Verkehrs; wo kein Handel ist, da trifft man keine Handelsprozesse an, und ohne Wechsel giebt es keine Wechselprozesse. Seyen auch Prozesse einigermassen ein Uebel, so sind sie doch nur ein nothwendiges und durch andere Rücksichten aufgewogenes Uebel, welches eine gute Legislation unschädlich machen, aber ein Gesetzgeber sowenig aus dem Staate verbannen kann, als der Pädagog die Leidenschaften aus dem Menschen. Werden sie durch ihre Menge oder Dauer wirklich schädlich, so liegt das Uebel in den Gesetzen; diese verbessere man, aber man begehe das Unrecht nicht, die Quelle des Uebels unberührt zu lassen, und die Betheiligten durch besondere Vergleichsanstalten zu neuen Aufopferungen zu zwingen.

Wie tief wird die Justiz herabgewürdigt, wenn man durch ängstiges Streben nach Vergleichen erklärt, die Prozesse ruinirten die Bürger, ihr Ausgang sey nicht zu erleben, und so ungewiß, wie ein Würfelspiel; die Partheien thäten also sehr klug, wenn sie durch einen Vergleich um jeden Preis sobald als möglich sich von der *heiligen Justiz* als einem *grossen Uebel* befreien!

Leidenschaften und Prozeßsucht können manchen Prozessen ihr Daseyn geben. Aber ist es denn Leidenschaft, wenn ich *mein Recht* suche, und lieber an einen würdigen Armen dasjenige verschenke, was mein unwürdiger Gegner mit Verläugnung alles Rechts mir im Vergleichswege abgewinnen will? Die Prozeßkosten und Strafen werden den Prozeßsüchtigen bald von seiner Sucht heilen und die Leidenschaften abkühlen; aber es ist überall kein Grund vorhanden, daß der Staat durch allzugroßes Gewicht auf Vergleiche den rechtlichen Mann in die traurige Alternative stellt, entweder vor der Nation als ein prozeßsüchtiger Mann zu erscheinen, oder im Vergleiche soviel, als seinem Gegner gefällt, von seinem Rechte aufzugeben, damit er jenen Schein vermeide.

Eine zu künstliche Maschine ist selten von Dauer, und zu gewaltsame Maasregeln führen selten zum Ziele. Dieses bestätigt sich auch bei den besonderen Vergleichsanstalten, und gewiß irrt man, wenn man durch allzu starke Maasregeln auf Vergleiche hinarbeitet in der Meinung, dadurch die Zahl der Prozesse zu vermindern. Jeder Vergleich setzt doch schon einen Streit voraus, und wer im Voraus weiß, daß sein Gegner irgend einen Vergleich nicht wohl ausschlagen kann, der wird erst streitig machen, was er vielleicht zum Gericht nicht hätte kommen lassen, weil er hoffen darf, wenigstens einen Aermel vom fremden Rocke abzureissen. So werden eben jene übertriebenen Anstalten für Vergleiche, die Streitigkeiten vermehren, anstatt sie zu vermindern.

Man bedarf weder der Zeit und Geld fressenden Sühneversuche nach der preussischen Gerichtsordnung, noch der theuern und gewaltsamen dänischen Vergleichskommissionen, noch der französischen Friedensrichter. Auch andere Maasregeln zur Beförderung der Vergleiche, insonderheit Belohnungen für Richter und Advokaten, die sich durch Vergleichstiften ausgezeichnet haben, verdienen keinen Beifall.

Wo

Wo Richter und Advokaten Prämien und Lobsprüche dafür erhalten, da tritt bald Gemächlichkeit an die Tagesordnung, die Partheien müssen an der gerechtesten Forderung etwas schwinden lassen, um die Zahl jener Verdienste voll zu machen, und da notorisch zum Vergleichen weniger Kopf und Zeit erfordert wird, als zur Führung und Entscheidung eines Prozesses, so gewinnt der faule oder talentlose Richter und Advokat vor dem fleissigen und tüchtigen Manne die Oberhand.

Und was soll denn alle diese besondere Staatsanstalten nothwendig machen? Können sich denn nicht ohnehin die Partheien zu jeder Zeit vergleichen? Haben sie nicht Verwandte oder Freunde, welche nach Umständen ins Mittel treten? Will man absolut keine Prozesse haben, hält man es für eine so hohe Wohlthat, wenn jeder Prozeß wo möglich in seiner Geburt erstickt wird, will man dafür besondere Anstalten errichten, so giebt es ein weit einfacheres Mittel. Man führe die alten Schnitterurtheile oder die Transactiones imperatas ein, oder verordne Schiedsmänner an die Stelle der Gerichte, dann giebt es keine Prozesse, wenigstens sind sie mit einem Schlage aus, und der Aufwand für Unter- und

226 Buch I. Kap. V. Allg. Bestimmungen
Obergerichte in grosser Zahl ist nach vielen
Tausenden erspart!

Diese Betrachtungen führten mich zu der Ueberzeugung, die Gesetzgebung soll, besonders vor dem Ausbruch des Prozesses in erster Instanz, Vergleichsversuche zulassen, aber sie in der Regel, vorbehaltlich der besondern Ausnahmen, welche theils in persönlichen Verhältnissen der Betheiligten, theils im Gegenstand des Streits sich gründen, nicht befehlen, noch weniger dafür eigene Anstalten treffen, diese mögen in besonderen Vergleichskommis- sionen oder in Prämien für Richter und Advokaten bestehen, sondern sie soll vielmehr der Sache ihren natürlichen Lauf lassen. Auf dieser Ansicht beruhen die im Texte enthaltenen Vorschläge.

§. 9.

Litispendenz.

Die ganze Lehre von der Streithängigkeit und ihren Folgen war durch eine falsche Anwendung des römischen Rechts auf unsere Gerichtsverfassung und unsern Prozeßgang verwirrt. Bei den Römern war in *einer* Handlung, der Litiskontestation, vereinigt, was bei uns aus mehreren Handlungen besteht; bei

uns sind Klage, richterliche Ladung und Einlassung des Beklagten drei verschiedene Handlungen, wir müssen diese unterscheiden, und die eigenthümliche Wirkung einer Jeden bestimmen.

Die *Klage* ist nur der erste Schritt zum Streite, aber in Ansehung des Beklagten noch keineswegs der Streit selbst. Sogar die *Ladung*, wodurch der Richter den Beklagten zum Streite ruft, ist nur ein näherer Schritt zum Streite, der zwar schon eigene Wirkungen hervorbringt, aber den Streit noch nicht vollkommen anhängig macht, weil sich viele Einreden denken lassen, wodurch der Beklagte sich von der Einlassung gänzlich befreien kann. Wie, wenn er der rechte Beklagte nicht ist, wenn es dem Kläger an der Legitimation mangelt, könnte man behaupten, der Streit wäre schon durch die Vorladung des Beklagten rechtshängig geworden? So klar ist es, daß erst die *Einlassung* des Beklagten in den Streit den Prozeß wirklich anhängig mache.

Die *Vorladung* des Beklagten (N. 1.) erscheint in einer zweifachen Beziehung. Der *Richter* ergreift dadurch die Gerichtsbarkeit in dieser Sache vor andern gleich zuständigen

Gerichten (*praeventio fori*), und der *Beklagte* wird in Kenntniß des Anspruchs gesetzt, folglich die von ihm wider den Kläger (nicht gegen einen Dritten) angefangene Verjährung jedoch nur *interimistisch* unterbrochen, denn erst von der Zukunft hängt es ab, welche Wendung diese Unterbrechung nimmt. Kann der Beklagte sich von der Einlassung auf die Klage nicht frei machen, so gehet sie in eine *peremptorische* über und nur eine ganz andere Verjährung von 40 Jahren gegen die *Litispendenz* (§. 22.) kann eintreten; wird aber der Beklagte von der Einlassung frei, so zeigt sich, daß kein hinreichender Grund zur Unterbrechung vorhanden war, und jene interimistische verliert alle Wirkungen.

Erst die *Einlassung* auf die Klage (N. 2.) vollendet das Daseyn eines Rechtsstreits unter beiden Partheien, erst sie versetzt dieselben in das neue Rechtsverhältniß eines anhängigen Streits, welches die Römer unter die *Obligationes quasi ex contractu* gestellt haben, erst sie bringt also die eigentliche *Litispendenz* hervor. Damit aber die Wirkungen nicht durch leere Ausflüchte oder Fristgesuche widerrechtlich vereitelt werden, müssen dieselben, wenn die Einlassung wirklich erfolgt oder in Folge

des Ungehorsams für geschehen angenommen wird, auf den Zeitpunkt zurückgezogen werden, wo sie nach Mittheilung der Klage erfolgen sollte.

Das bekannte aus dem römischen Recht entlehnte Verbot einer Veräußerung bestrittener Sachen (*res litigiosae*) habe ich umgangen, da es keinen legislativen Grund hat, und unsern Verhältnissen nicht anpaßt. Wenn ein Mensch, der nicht gerne Prozeß führt, sein Recht, das er nur im Prozeßwege geltend machen kann, einem Andern abtritt; wenn er lieber das Haus mit dem Servitutsprozesse verkauft, als es mit der Last, jenen Prozeß zu führen, behält, wer kann etwas dagegen einwenden? Wessen Recht wird verletzt? Auch ist jenes Verbot leicht zu umgehen, denn man kann in vielen Fällen die Unvermeidlichkeit eines Prozesses voraussehen, und vor der Klage oder Litiskon-
testation das Recht oder den Gegenstand des künftigen Streits veräußern, und am Ende läßt sich durch jenes Verbot die nothwendige Uebertragung an andere Personen bei dem Ausbruch eines Konkurses oder bei Todesfällen doch nicht vermeiden. Ich fand also für besser, jenes zwecklose Verbot ganz mit Still-
schweigen zu umgehen.

Die eigentlichen Wirkungen der Litispendenz bezeichnete man bisher mit dem Namen *mala fides civilis*, weil der Beklagte, ohne wirklich in bösen Glauben versetzt zu seyn, von dem Gesetze dafür geachtet werde; und doch war er kein unredlicher Besitzer, nicht einmahl rücksichtlich aller Civilwirkungen*).

Mir schien es nothwendig, jenen unpassenden Ausdruck zu vermeiden, vielmehr die Fortdauer des redlichen Besitzes auszusprechen, woran wegen Verjährung gegen einen Dritten und wegen Haftung für zufälligen Schaden sehr viel gelegen ist; nur mußte genauer bestimmt werden, wozu der Beklagte auch als redlicher Besitzer verbunden sey. Die Wirkungen sind (Num. 3.) genauer angegeben, als es in andern Gesetzbüchern geschieht; die Billigkeit spricht dafür**) den Beklagten nur zum mittleren Fleisse, sowohl in Ansehung der Sache, als in Ansehung der Fruch-

*) Vergl. Handbuch Band II. Abh. XXXV.

**) Die römischen Gesetze waren hierin härter, aber schon Paulus hat in L. 40. pr. de hereditat. petit. ausdrücklich einbekannt, daß es oft zu hart sey (*interdum durum est*).

te (lit. d.) zu verbinden. Der Satz: *lite pendente nihil innovandum*, erhielt (lit. e.) unter den Wirkungen seine passende Stelle, und selbst der Grund, nach welchem Abänderungen des Vorbringens zu beurtheilen sind, lag in der Litispendenz, denn das bekannte Axiom, *lis ubi coepta ibi finienda*, enthält wohl auch den Satz, *lis uti coepta, ita finienda*.

§. 10.

Verbesserungen und Veränderungen des Vorbringens.

Aus der Litispendenz folgen die Regeln, nach welchen man zu beurtheilen hat, welche Abänderung die Partheien an ihren Vorträgen machen können, und der Satz, woraus sie fließen, zeigt es, daß man vormals die Frage viel zu eng von Abänderung des Libells gefaßt hatte; es gilt nicht bloß dem Kläger, nicht bloß dem Libelle, es gilt beiden Theilen durch den ganzen Prozeß *)

Man muß *Abänderungen an wesentlichen* Stücken eines konkreten Streits von *Verbesserungen an unwesentlichen* Punkten unterscheiden, die letzten sind zu jeder Zeit im Prozesse erlaubt, die ersten aber rechtswidrig, so-

*) Handbuch Bd. I. Abh. XX.

bald ihnen die Rechtshängigkeit entgegensteht. Von der Zurücknahme einer einzelnen Schrift vor deren Mittheilung ist hier nichts gemeldet, denn *vor* der Mittheilung hat auch in rechtshängigen Sachen der Gegentheil kein Recht aus ihrem Inhalt. Diese Zurücknahme ist daher erlaubt, und die Frage: ob der zurücknehmende Theil eine andere Schrift übergeben darf? muß darnach entschieden werden, ob der Termin zur Uebergabe der Schrift abgelaufen war oder nicht, hierauf also haben nur die Bestimmungen über Termine Einfluß.

Wenn eine Parthei bei wesentlichen Abänderungen den vorigen Streit aufgeben, und nach den Abänderungen einen neuen Streit anfangen wollte, so fand die römische Jurisprudenz eine eigene Beschwerniß darin, daß sie die Litiskontestation als eine Art von *Novation*, unter den Partheien ansah, und es dieser Ansicht nach allerdings zweifelhaft war, ob Jemand nach der Kriegsbefestigung über dieselbe Streitsache den kontestirten Streit aufgeben und einen neuen anfangen könne. Doch lenkten schon die Römer ein, und die Teutschen, Feinde der Formularjurisprudenz, nahmen die bejahende Meinung willig an. In der Hauptsache ist dabei nichts zu erinnern,

aber da hierdurch am Prozesse eine wesentliche Veränderung vorgehet, so müssen die Folgen dieser Abänderung genauer erforscht werden, als bisher geschah, und ich glaube, daran eine wichtige, zum Theil noch wenig bekannte Wahrheit entdeckt zu haben.

Wer einen Prozeß fallen läßt, um ihn in veränderter Gestalt zu führen, der *verzichtet* auf den *ersten* Prozeß mit *Vorbehalt* des *zweiten*, und nur *diesen* Gesichtspunkt gewährt einen richtigen Blick in das dadurch begründete Verhältniß. Man kann den ersten Prozeß nicht ungeschehen machen, nicht als eine unentschiedene Sache betrachten, nicht sich vorbehalten, man muß ihn mit Vorbehalt des neuen ganz aufgeben, gleich dem Renunzianten alle Kosten ersetzen, folglich bei dem neuen Streite als Renunziant des vorigen erscheinen können. Hier gilt keine sich selbst widersprechende Verwahrung, und der neue Prozeß ist nur dann zulässig, wenn der Verzicht auf den vorigen Streit mit demselben nicht im Widerspruche steht. Diesen Grundsatz habe ich im Texte mit einigen darausfließenden Folgen begleitet. Ein Absprung vom petitorischen Prozesse zum possessorischen, oder vom ordentlichen zum Exekutivprozeße ist aus dem angeführten Grunde unzulässig.

§. 11.

Termine, Nothfristen.

Mit den Handlungen der Partheien stehen die *Termine* in Verbindung, als die Zeit, auf welche das Recht einer bestimmten Rechtsvertheidigung durch das Gesetz beschränkt werden muß, da sonst jede Parthei den Prozeß verewigen könnte, und die ganze Justiz zu einem Schattenbild herabsänke. Manche Gesetzbücher haben auch dem Richter zur Vornahme seiner Handlungen Termine vorgeschrieben, allein ausser den höchst dringenden Sachen (z. B. bei Wechselklagen Buch III. Kap. V. §. 1.) hielt ich es für unzweckmässig, und mehr für einen reglementairen Gegenstand.

Der vormalige gemeine Prozeß kannte verschiedene Arten von Terminen nach deren Wirkungen, welche man durch eine Eintheilung der Ladungen in *monitorische* und *ark-tatorische*, und durch Unterabtheilung der letzten in *dilatorische* und *peremptorische* ausdrückte *). Nur nach der äusseren Erscheinung,

*) Es gab sogar noch eine Subdivision, die peremptorischen Termine waren es entweder kraft des Gesetzes (*ipso jure*) oder kraft richterlicher Auflage, wichtig wegen der

nicht nach dem Prinzip, bestehet noch die Eintheilung in monitorische und peremptorische, denn wenn man in dem auf Verhandlung ruhenden Prozesse das Prinzip *) berücksichtigt, so ist jede *monitorische* Ladung auch *peremptorisch*, da die Handlung vor sich gehet, wenn gleich der Vorgeladene zu seiner Vertheidigung nicht erscheint, und auf der andern Seite, weil es keinen absoluten Zwang zur Rechtsvertheidigung giebt, jede *peremptorische* Ladung im Rechtssinne *monitorisch*. *Dilatorische* Ladungen widersprechen vollends dem Zwecke einer guten Gesetzgebung, denn ein Termin, nach dessen Ablauf die Handlung noch zugelassen wird, ist sogut als Keiner, und der Verlust an Kontumazialkosten viel zu unbedeutend, als daß man ihn bei der Legislation anschlagen dürfte. Müssen einer peremptorischen Ladung dilatorische vorhergehen, soll erst die dritte Ladung peremptorisch seyn, so habe man die Nation nicht zum Besten, und mache es wie weiland am Reichskammergerichte, wo gleich mit der ersten Ladung vorhinein der Termin und dessen zweimalige Ver-

Kontrovers über die Reinigung des Ungehorsams.

*) Handb. Bd. II. Abh. XXXI.

längerung (*pro termino et prorogatione*) ertheilt, und durch dieses Kunststück gleich die erste Ladung peremptorisch wurde: Zeit, Geld und Mühe wäre damit erspart! Ich fand es zur Justizbeförderung durchaus nothwendig, durch das Gesetz *alle* Termine für *peremptorisch* zu erklären. Die Nothfristen (*Fatalia*) unterscheiden sich dadurch, daß sie durch das Gesetz unmittelbar ohne Dazwischentritt einer richterlichen Verfügung angeordnet sind, daher auch aus keiner, wenn gleich gegründeten, Ursache vom Richter verlängert werden können, obgleich gegen ihre schuldlose Verabsäumung Wiedereinsetzung zugelassen ist.

Die Termine setzt der Richter an, dem die Prozeßdirektion zustehet; allein das Gesetz selbst muß dessen Willkühr durch eine Zeitbestimmung entfernen. Die Regel wurde nach Verschiedenheit des ordentlichen und summarischen Prozesses bemessen, damit weder die Partheien durch allzuenge Termine übereilt, noch dringende Sachen durch allzulange Termine aufgehalten werden. Größerer Bestimmtheit wegen habe ich die Termine nicht nach Monaten oder Wochen, sondern nach einer Zahl von Tagen festgesetzt.

§. 12.

Fristverlängerungen.

Mit den Terminen stehen die Fristverlängerungen in engster Verbindung. Ein äusserst wichtiger Punkt für die Legislation, mit welchem bisher der auffallendste Unfug getrieben wurde, Partheien und Anwälte unter den fa-
desten Vorwänden die Prozesse verewigten, und die Justiz zum Hohngelächter herabwürdigten. Zum Theil waren die Gesetze Schuld, zum Theil die Richter, deren Gemächlichkeit oder falsches Mitleid selbst heilsame Verordnungen in Vergessenheit brachte. Bald nahm die Parthei von sich, bald vom Anwalt den Vorwand zu neuen Fristgesuchen, und ich kenne eine *Exekutivklage*, wo der Beklagte die zur Vorlage des Originals angesetzte Tagsfarth länger als *neun Monate* durch solche Vorwände hinauszuschieben wufste.

Lächerlich wird die Justiz, wenn das Gesetz solchen Mißbräuchen nicht vorbeugt, der Geist aller Prozeßlegislation geht unter, und der Kredit im Staate verschwindet. Gesetze und Gerichte müssen im Einklange wirken, jene durch zweckmässige Bestimmungen, diese durch strenge Handhabung, wenn es mit der Justizpflege besser werden soll.

Weniger kommt es auf Bestimmung der rechtmässigen Verlängerungsgründe als auf Entkräftung der leeren Vorwände an, und gewiss ist hier der Fall, wo negative Bestimmungen beinahe unentbehrlich sind. Diesen Weg schlug ich ein. Eine Parthei muß ihren Anwalt im Anfang instruiren, und dieser sich bei der Uebernahme informiren, er hat also keinen Grund, wie ein ehemaliger Reichstagsgesandter den *Noninstructus* zu spielen. Kann die Parthei nicht in Person erscheinen, so kann sie, wenige gefährliche Krankheiten ausgenommen, einen Anwalt schicken, oder ihre Vertheidigung schriftlich führen. Ein Advokat soll nicht mehr Sachen übernehmen, als er zu bearbeiten vermag. Eben dieses sind die frequentesten Vorwände, welche ein ausdrückliches Verbot forderten.

Gesetze mit falschem Mitleiden verfaßt, oder unzeitig schonende Richter erziehen die Menschen zum Mißbrauch, ein ernsthaftes Gesetz und ein strenger Richter gewöhnt sie zur Ordnung. Jeder Prozeß ist ein sehr ernsthaftes Geschäft, welches auch von den Partheien mit Ueberlegung, Fleiß und Pünktlichkeit behandelt werden muß. Hierdurch hoffe ich, die vorgeschlagenen strengen Bestimmungen hin-

reichend gerechtfertiget zu haben, für welche schon das Beispiel der Römer*) spricht.

§. 13.

Restitution gegen verabsäumte Termine.

Bei aller Strenge hinsichtlich der Termine bleiben Fälle möglich, wo der Termin ohne Verschulden der Parthei verstrichen ist; das Gesetz muß also, wenn ein rechtmässiges Hinderniß dargethan werden kann, eine Wiedereinsetzung gegen den verlaufenen Termin zu-lassen. Hierüber ist der Gegentheil, auf dessen Rechte eine jede Restitution Einfluß hat, zwar zu hören, doch findet kein weiterer Schriftwechsel statt. Hinsichtlich der Kosten hat man vormals unterschieden, ob die restituirte Parthei durch zeitiges Fristsuchen die Kosten vermeiden konnte, oder nicht; allein der Unterschied beruhte auf einem Verstofs gegen allgemeine Rechtswahrheiten. Angenom-

*) Besonders in L. 7. und 10. D. de feriis. Das letzte Fragment sagt ausdrücklich: „In pecuniariis causis omnis dilatis singulis causis plus semel tribui non potest: in capitalibus autem reo tres dilationes, accusatori duae dari possunt; sed utrumque causa cognita.“ Heut zu Tag hat man beinahe jene Regel umgekehrt!

men sogar, die Parthei hätte wegen eines unvermeidlichen Zufalls nicht einmal um Fristverlängerung bitten können, so bleiben doch die aus Ablauf des Termins entstandene Kosten eine Folge des *Zufalls*, welche derjenige zu tragen hat, in dessen Person sich der Zufall ergab.

§. 14.

Termine und deren Erstreckung in Ansehung des Fiskus.

Eigenthümliche Schwierigkeiten hinsichtlich der Termine zeigen sich bei dem Fiskus. Der Satz: *Fiskus utitur jure privatorum*, ist richtig in Ansehung der Rechtsprinzipien, wonach er beurtheilt wird, aber nicht richtig in Ansehung der Behandlung, woran der von fiskalischen Sachen untrennbare Geschäftsgang und der ausgebreitete Wirkungskreis der Fiskale nothwendige Modifikationen herbeiführt.

Der Fiskal kann nicht so, wie ein Advokat, seiner Ueberzeugung allein folgen, er steht unter einer höheren Behörde, von deren Instruktion er abhängt, und diese Behörde kann bei dem Zusammenfluß vieler Geschäfte jede Anfrage nicht sobald wie ein Privatmann erledigen. Wer da glaubt, der Fiskus könne bei

Ter-

Terminen gleich dem Privatmann behandelt werden, der kennt den Geschäftsgang nicht.

Ebensowenig darf man dem Fiskus eine grenzenlose Willkühr mit Fristgesuchen einräumen, und noch weniger denselben mehr als einem Privaten nach verabsäumten Terminen zugestehen. Erhält der Fiskus dasjenige, was er nach dem Geschäftsgange hinsichtlich der Termine braucht, so kann und muß auch gegen ihn die Präklusion eintreten, sonst gefährdet der Staat als Fiskus die Rechtssicherheit so stark, daß es besser wäre, geradehin zu erklären, der Fiskus erkenne kein Recht über sich. Billigkeit von einer Seite bahnt den Weg zur Strenge von der andern Seite. Insonderheit fand ich in der Anzeige an das Ministerium bei dem letzten Termine das einzige Mittel, den Fiskal und dessen unmittelbar vorgesetzte Behörde aus dem Schlummer zu wecken. Tritt nun bei solchen Voraussetzungen der gewiß seltne Fall ein, daß die fiskalische Stelle und selbst das Ministerium den Termin verstreichen läßt, so muß auch der Fiskus präkludirt werden, und er kann auf Restitution nicht weiter, als jeder Private, Anspruch machen.

Man könnte gegen diese Vorschläge einwenden, daß dadurch die Prozesse gegen den Fiskus sehr verlängert werden; allein es ist im Verhältniß zu dem vorigen Zustand nur eine scheinbare Verlängerung, und dem Unterthan gewiß vortheilhafter, wenn er im voraus weiß, wie lange jener Prozeß dauern wird, als wenn er nach platter Willkühr vom Fiskus auf ein halbes Jahrhundert herumgetrieben werden kann; auch ist durch die beigelegte Ausnahmen insonderheit bei Konkursen der Gläubiger für jene Fälle gesorgt, wo dieser fiskalische Vorzug allzugrosse Nachtheile hervorbrächte.

§. 15.

Vom Ungehorsam der Partheien.

Auf dem Standpunkt der Legislation verliert der doktrinelle Streit über den Begriff des Ungehorsams und über dessen rechtliche Folgen*) den größten Theil seiner Verwicke-

*) Schmelzer Kontumazialprozeß der höchsten Reichsgerichte Göttingen 1790. mein Handbuch Bd. I. Abh. XXI. dagegen Martin prolusio acad. de indole contumaciae in causis civilibus contentiosis. Goett. 1802. mit mir stimmt überein Grolman Theorie des gerichtl. Verfahr. §. 78. u. 130.

lungen; man entdeckt bald, daß der Gesetzgeber, will er nicht durch Unsterblichkeit der Prozesse das Recht zu einem leeren Schall ohne Bedeutung herabwürdigen, die Vertheidigung des Rechts vor Gericht auf eine bestimmte Zeit zur Vornahme derselben beschränken muß. Alle Gesetzgebungen haben dieses anerkannt, alle haben diese Ansicht bei Festsetzung der Kontumazialfolgen verfolgt, wenn sie auch bei ihren Bestimmungen sich des un-eigentlichen Wortes *Strafe* bedienten.

Ungehorsam im gemeinen Sinn, als Nichtbefolgung höherer *Befehle*, als Nichterfüllung oder Verletzung einer *Verbindlichkeit*, konnte demnach das Merkmal im Begriffe der eigentlichen *Contumacia* keineswegs seyn; denn wo wäre jene *Verbindlichkeit*, zum Abläugnen der Klage, zur Einwendung einer bestimmten Schutzrede, zur Einwendung eines Rechtsmittels, welche man durch den Nichtgebrauch eines solchen Vertheidigungsmittels für *verletzt* ansehen und bestrafen dürfte? Welche Prozeßgesetzgebung möchte Anspruch auf Vernunftmäßigkeit machen, wenn sie bei Strafe von zehen Reichsthaler die Appellation, oder, was im wesentlichen auf Eines hinausliefe, den Gebrauch eines Vertheidigungsmittels gebieten wollte?

Solange der bürgerliche Prozeß veräusserliche Rechte zum Gegenstand hat, solange muß der Satz gelten, daß zur Rechtsvertheidigung kein *absoluter* Zwang statt findet, mit jedem jedoch der *bedingte* im Verluste irgend einer Befugniss sehr gut bestehet. Eben in der Lehre von der *Contumacia* treten die Folgen jenes Grundsatzes an das Licht, eben da darf sich der Gesetzgeber von demselben nicht entfernen.

Jede richterliche Ladung, sie mag die Form eines Auftrags (*arctatoria*) oder einer Erlaubniss (*monitoria*) haben, erscheint nur als eine *Aufforderung* zur Rechtsvertheidigung, nicht als ein *Befehl*, welcher nicht ohne Verletzung einer Verbindlichkeit, ohne Begründung eines absoluten Zwangs oder einer Strafe, unbefolgt bleiben könnte. Eine richterliche Auflage, innerhalb 30 Tagen zu replizieren, ist von dem Gesetze, welches die Appellationsfrist auf 60 Tage festsetzt, nicht wesentlich unterschieden. Der Beklagte, welcher wider das gesetzliche Gebot, alle Einreden auf einmal vorzubringen, diese oder jene gegründete Einrede unterläßt, ein Beweisführer, welcher sich einer Urkunde oder eines Zeugen nicht bedient, handelt gewiß nicht gegen eine Verbindlich-

keit, zu deren Erfüllung er so, wie zur Zahlung einer Schuld, durch Zwangsmittel angehalten werden könnte.

Der juristische Begriff des Ungehorsams (Contumacia) muß daher von jenen Zufälligkeiten unabhängig und so allgemein aufgestellt werden, daß er alle Arten desselben umfaßt, und sowohl auf den förmlichen Kontumazialprozeß bei arktatorischen Ladungen als auf die monitorischen Ladungen, auf die Desertion bei Rechtsmitteln, und auf die stillschweigende Präklusion mit nicht vorgebrachten Einreden oder Beweismitteln paßt.

Hierdurch behaupte ich keineswegs, daß nicht auch im Prozesse ein Ungehorsam (nach dem gemeinen Sprachgebrauch) vorkommen könne, welcher eine Verbindlichkeit verletzt, und einen unbedingten Zwang oder eine eigentliche Strafe begründet. Eines solchen Ungehorsams kann sich der Richter gegen Befehle der höheren Behörde, der Zeuge oder Sachverständige, gleich jedem streitenden Theile schuldig machen, und der Entwurf enthält hierüber an mehreren Orten die geeigneten Bestimmungen. Aber jener Ungehorsam hat mit dem eigentlichen Ungehorsam der Partheien (Contu-

macia) nichts gemein, weil der erste zum absoluten Zwang berechtigt, bei dem letzten aber ein solcher absoluter Zwang rechtlich undenkbar ist: weil es dort der Erfüllung einer Verbindlichkeit *), hier der Ausübung einer Befugniss, dem Gebrauche einer erlaubten, aber nicht gebotenen, Vertheidigung gilt.

Der Grund aller Kontumazialfolgen ist für den Gesetzgeber der *bedingte* Zwang zur Rechtsvertheidigung, denn es fordert die Ruhe des Menschengeschlechts nach einem durch die Vernunft geheiligten Nothrechte **), daß jene Vertheidigung auf Zahl und Zeit beschränkt sey, daher derjenige, welcher sein Recht innerhalb der bestimmten Zeit nicht vertheidigte, gerade so angesehen werde, als ob er es

*) Wohin auch besonders die Vollstreckung gerichtlicher Erkenntnisse zu rechnen ist, denn nur der Satz *ad excipiendum nemo compellitur*, ist wahr, *ad solvendum* findet absoluter Zwang statt. Vom letzten, als dem *extremum in jurisdictione* handelt L. un. §. 1. D. si quis jus dicenti non obtemperaverit.

**) Wie Möser in den patriot. Phantas. Th. IV. Seite 115. von dem *förmlichen* Rechte sehr schön sagt.

nicht vertheidigen wollte. Ob dieser Verzicht ein stillschweigender oder ein fingirter sey, ist Schulstreit, den ich nicht führen mag; der Einwurf, den stillschweigenden Verzicht könnte eine Verwahrung oder ein Vorbehalt entkräften, verschwindet, sobald man sich ein Gesetz denkt, welches auch hier, wie in vielen andern Fällen des Civilrechts, die Verwahrung oder den Vorbehalt für unwirksam erklärt; auch stände dieser Einwurf den Vertheidigern der alten Ungehorsamstheorie entgegen, weil man mit gleichem Rechte sagen könnte, eine Parthei befreie sich vom Vorwurf des Ungehorsams, wenn sie erklärt, sie wolle dem Befehle des Richters nach vier Wochen gehorchen! Mir genügt, daß der Gesichtspunkt des Verzichtes den Gesetzgeber durch alle Bestimmungen sicher leitet; dem Leben paßt er ohnehin vollkommen an. Wer die Appellationsfatalien verstreichen läßt, wer nach erhaltener Aufforderung im Streite nicht besteht, wer im Beweistermine sich auf eine ihm bekannte Urkunde nicht beruft, wer eine Einrede, die ihm zu Gebote stand, nicht vorbringt, was kann der Gesetzgeber von ihm richtigeres annehmen, was läßt sich von ihm in den alltäglichen Erscheinungen des Lebens sagen, als daß er sich jenes Vertheidigungs-

mittels nicht bedienen wollte? Das Prozessführen ist eine ernsthafte, auf Privatrechte unter den Betheiligten tief eingreifende Sache; die Partheien müssen die gesetzliche Beschränkung ihrer Vertheidigung auf eine bestimmte Zeit kennen; was ist konsequenter und rechtlicher, als die Unterlassung, bis Gründe fürs Gegentheil vorliegen, für einen Verzicht anzunehmen?

Noch erhellet die Unrichtigkeit der alten Theorie von verletzter Verbindlichkeit daraus, daß dieselbe unter den Folgen des Ungehorsams zuerst auf *Geldstrafen* führte, um die säumige Parthei gleich dem widerspänstigen Zeugen zur Erfüllung ihrer (sogenannten) Verbindlichkeit zu zwingen, und daß jene Theorie durchaus keinen befriedigenden Grund angeben kann, warum die Kontumazialfolge im Verlusste der versäumten Handlung bestehen muß. Das bisherige beweiset wenigstens die Unbrauchbarkeit der alten Verbindlichkeitstheorie für die Gesetzgebung, und die Nothwendigkeit, den Gegenstand aus einem andern Gesichtspunkt aufzufassen.

Gerne hätte ich zur Vermeidung aller Mißdeutung, und um die *unterlassene Vertheidigung* (Contumacia) von den eigentlichen

Verletzungen einer Verbindlichkeit schon im Ausdruck zu unterscheiden, das Wort *Ungehorsam* vertauscht, wenn die teutsche Sprache, so wie das französische Wort *Defaut*, eine andere passende Benennung darböthe; doch suchte ich meinen Gegenstand durch den Beisatz „*der Partheien*“ genauer zu bezeichnen.

Vor allem habe ich (Num. 1.) bei Vertretern solcher Personen, welche über ihr Vermögen nicht frei disponiren können, kein Präjudiz in der Hauptsache, sondern eine Geldstrafe eben deßwegen angeordnet, weil ein solcher Vertreter auf die Rechte seines Kuranden nicht verzichten kann *). Dafs der Fiskus hierunter nicht begriffen sey, gehet aus §. 14. von selbst hervor. Wurde vom Vertreter zum Schaden seiner Pflégbefohlenen nicht durch Verabsäumung eines Termins, sondern durch Unterlassung genugsamer Vertheidigung gehandelt, so kommen die vorsorgenden Bestimmungen des Buch IV. Kap. III. §. 5. zur Anwendung.

Die Bestimmung über beiderseits verabsäumte Termine beruhet als Regel auf dem

*) Handb. Bd. I. Abh. XXII.

Grundsatz der Kompensation, schon die Praxis hat den Termin für vereitelt (*circumductus*) angesehen. Eine Ausnahme kommt bei dem Urkundenbeweise (Buch II. Kap. VI. §. 19.) vor.

Hierauf mußte (N. 3.) festgesetzt werden, auf welche Handlungen und auf welche Vertheidigungsmittel der Ungehorsam seine Folgen ausbreite. Es ist aber (Num. 4.) bei allen Terminen, welche nicht durch das Gesetz fixirt, sondern erst vom Richter anzusetzen sind, eine Vorbedingung, daß die Ladung wirklich insinuirt worden sey. Bei Terminen, welche im Konkurse durch die Ediktalien oder in summarischen Sachen (Buch III. Kap. I. §. 2.) zum Protokoll angesetzt wurden, vertritt diese Bekanntmachung die Stelle der Insinuation.

Alle Termine sind kraft des Gesetzes (§. 11.) peremptorisch; daher die Gerichte verbunden, von Amtswegen darauf zu sehen, ob der Termin eingehalten wurde, und auf die Kontumazialfolgen zu erkennen, wenn auch vom Gegentheil keine besondere Anklage des Ungehorsams erfolgte. Allein hierdurch ist keineswegs ausgesprochen, daß der Richter *ohne allen Anlaß* durch Kontumazialdekrete jeden Prozeß *ex officio* betreiben solle oder dürfe.

Beide Punkte sind wesentlich verschieden. Ge-
setzt, der Beklagte überreicht nach Ablauf des
Termins die Duplik (oder der Kläger die Re-
plik), hier ist der Richter das Kontumazialde-
kret zu erlassen schuldig aus *dem* Grund, weil
ihm hiezu der Anlaß gegeben ist. Auf die
Duplik muß doch immer ein Dekret erfolgen,
welches, da sie nicht innerhalb des Termins
einkam, nur in dem Präklusivdekrete beste-
hen kann; in diesem Falle also liegt der An-
laß zu demselben in der verspäteten Schrift
selbst. Deshalb ist auch im folgenden Kapi-
tel §. 4. für alle Prozeßschriften verordnet, daß
jede durch einen richterlichen Auftrag veran-
lafste Schrift den Tag seiner Ausfertigung und
Einhändigung bemerken soll, wie dieses bei
dem ehemaligen Reichshofrath durch Beilage
des letzten Conclusi geschehen mußte. Aber
man setze nun den anderen Fall; die Antwort
auf die Klage oder die Replik oder Duplik
werde gar nicht übergeben: welchen Anlaß
hätte hier das Gericht zum Präklusivdekret,
wenn ihm derselbe nicht durch eine Ungehör-
samsbeschuldigung oder sonst eine Vorstellung
einer Parthei gegeben wird? So zweckmässig
es auch ist, bei jedem woher immer gegebene
Anlaß auf die Präklusion von Amtswegen
erkennen zu lassen, weil die mit dem förmli-

chen Kontumazialprozesse verbundene Zögerung dadurch vermieden wird, und dieses die Konsequenz bei gesetzlich peremptorischen Terminen fordert, eben so unzweckmässig wäre es, dem Richter, ohne dass ihm irgend ein Anlass gegeben ist, die Erlassung des Kontumazialdekrets aufzutragen. Gewiss widerspricht es aller legislativen Politik, wenn der Richter von Amtswegen jeden Prozess betreiben und ohne zu wissen, ob die Partheien nicht lieber den Prozess einstweilen oder für immer liegen lassen wollen, *ex officio* fortschieben sollte. Auch hat der Richter in vielen Fällen hinsichtlich der Insinuation nicht einmal die Mittel zu unveranlassten Kontumazialdekreten.

Was die Wirkungen des Ungehorsams angehet, so mussten die besonderen Wirkungen nach Verschiedenheit der einzelnen verabsäumten Handlungen dem besondern Theile vorbehalten bleiben, und hier (~~N.~~ 6,) nur die *allgemeinen* vorgetragen werden, welche theils im Ersatze der Kontumazialkosten, theils im Rechtsnachtheil hinsichtlich der verabsäumten Handlung oder der Vertheidigungsmittel bestehen, welche der Säumige in dem Termine vorbringen konnte und sollte, wie dieses schon N. 3. bestimmt ist.

Von der Reinigung des Ungehorsams (*Purgatio contumaciae*) und der Kontrovers, ob diese nach Ablauf des Termins vor erfolgter Anschuldigung des Ungehorsams durch Befolgung der richterlichen Auflage geschehe, konnte ich nichts sagen, da alle Termine kraft des Gesetzes peremptorisch sind, und nach deren Verstreichung nur noch die Wiedereinsetzung (§. 13.) übrig bleibt.

§. 16.

Richterliche Verfügungen.

a) Ladungen.

Nun kommen die richterlichen Verfügungen an die Reihe, von welchen Ladungen und Urtheile (§. 19.) unterschieden sind; Jene haben die Leitung der Verhandlungen, diese die Entscheidung eines streitigen Punktes zum Gegenstand. Zwischen beiden stehen die interimistischen richterlichen Auflagen und Gebote in der Mitte, welche als ausserordentliche Rechtshülfe dem dritten Buche vorbehalten bleiben.

Dafs die prozessleitenden Dekrete aus der richterlichen Reflexion heraustreten, ist §. 2. bemerkt worden; sie sind entweder abschlägige oder willfahrende Dekrete, ein Unterschied, welcher hinsichtlich der Rechtsmittel

(Buch IV. Kap. I. §. 3.) bedeutende Folgen hervorbringt, und die Nothwendigkeit beweiset, von solchen abschlägigen Dekreten, woraus dem Gegentheil ein Recht erwachsen kann, auch diesen, wie (Num. IV.) von Ladungen verordnet ist, in Kenntniss zu setzen.

Von den Ladungen wurden die allgemein bekannten Sätze ausgesprochen, aber die bekannten Eintheilungen derselben in die unmittelbare oder mittelbare u. d. übergangen, da sie eine Folge des Verhältnisses der Gerichte gegen einander (Kap. II. §. 23.) sind.

§. 17.

Insinuation der Privatladungen.

Bei Insinuation einer Privatladung kommt es auf zwei hier gesonderte Fragen an: I. wem ist die Ladung einzuhändigen? und II. wie wird die Einlieferung bewiesen? Die Bestimmungen des Entwurfs beruhen auf anerkannten Sätzen, nur nahm ich bei der letzten Frage auf die verbesserten Posteinrichtungen Rücksicht, und entschied die Frage, ob durch Postschein die Insinuation bewiesen werden könne, dahin, daß hiezu ein Lieferschein erfordert werde, welcher von jenem, dem die Einlieferung geschehen, unterzeichnet ist, denn

die sonst gewöhnlichen Postscheine beweisen zwar die Einhändigung eines Rescripts, keineswegs aber dessen Inhalt oder Eigenschaft. Mit der Einhändigung der Ladung an dritte Personen statt des Vorgeladenen steht die Frage (Num. III.) in Verbindung, was Rechtens sey, wenn der Vorzuladende von der Ladung keine Wissenschaft erhielt? Ein Fall, der sich bei einer Entfernung, bei unterbrochenem Postenlauf, oder durch falsche Schonung der Familienglieder, die eine Ladung verheimlichen, oft ereignen kann.

§. 18.

Ediktalladung.

Nicht bloß für den Prozeß, sondern für die Civilgesetzgebung im Ganzen, sind die Ediktalladungen ein sehr wichtiges Problem, dessen praktisches Interesse die neueste Zeit *) dargestellt hat. Die Gesetze vieler Staaten **)

*) v. Speckner, über die öffentliche Zivilpräjudizialladung von unbekannten Betheiligten ausser dem allgemeinen Konkurse. München 1812.

**) Sachsen macht davon eine Ausnahme, in vorstehender Schrift ist die Verordnung vom 15. November 1779. abgedruckt.

lassen die Frage mehr oder weniger ungelöst, die Grenze zwischen Civil - und Prozeßkodex ist nicht genau abgesteckt, zwischen beiden mangelt es an Harmonie, und selbst unter Gerichten eines Landes begegnet man einer schwankenden oft irrigen Praxis.

Ediktalladungen und öffentliche gerichtliche Bekanntmachungen haben auf den Rechtszustand und die Befestigung des Kredits einen sehr bedeutenden Einfluß. Durch eine übereilte öffentliche Vorladung aller Gläubiger eines Menschen wird dessen Kredit unheilbar zerstört, so wie auf der andern Seite durch eine allzu grosse Beschränkung derselben der Verkehr gehemmt, und die Sicherheit des Rechts gefährdet. Wer kann in einem Lande, wo kein richtiges Hypothekensystem bestehet, eine unbewegliche Sache mit Sicherheit kaufen, ohne nach Jahren der Klage aus einer stillschweigenden oder Privathypothek eines vorigen Besitzers ausgesetzt zu seyn? Wo hätte man ein Mittel, bei verlohrnen Dokumenten sein Recht zu erhalten? Wie wäre ohne Ediktalladung eine Gesetzgebung über Verschollene möglich? In vielen Fällen würden die wichtigsten Momente des bürgerlichen Lebens und Wirkens der nothwendigsten Garantie des Eigenthums
ohne

ohne Ediktalladung entbehren. Sey diese immer, was nicht zu läugnen ist, Ausnahme von mehr als einer Regel, sey auch eine Begünstigung derselben unräthlich, so darf man doch eine Zulassung in den Fällen, wo eine Ediktalladung rechtlich und nothwendig ist, mit einer Begünstigung nicht verwechseln.

Dem *politischen* Grunde, es könnte dem Kredit schaden, wenn jeder Gläubiger in der Furcht, ob nicht sein Schuldner eine Ediktalladung erwirke, alle Zeitungen und Intelligenzblätter lesen müßte, vermag ich wenigstens soviel Gewicht nicht beizulegen, als manche darin finden. Lesen wir doch täglich in den Zeitungen eine Menge Ediktalladungen ausser dem Konkurse und andere auf das Rechtsverhältniß gleich stark einwirkende öffentliche Bekanntmachungen bei Verschollenen, bei Erbschaften, bei vorlohrnen Urkunden, bei aufgelösten Handelssocietäten oder Veränderungen an der Firma, bei Prodigalitätserklärungen, sogar, um das Maafs voll zu machen, öffentlich erklärte Verzichte auf die Wechselbarkeit *); wahrhaft, zum heutigen Verkehre

*) Ein gewaltiger Mißgriff! Wer seines Standes oder Gewerbes wegen die Wechselfä-

muss man soviele öffentliche Ankündigungen und Aufforderungen lesen, dass ein paar Fälle mehr oder weniger in der Wagschale den Ausschlag nicht geben!

Soll das wichtige Problem befriedigend gelöst werden, so muss man die beiden Fragen absondern: I. in welchen Fällen findet eine Ediktalladung statt? II. welcher Rechtsnachtheil ist mit jeder Ediktalladung zu verbinden? Die Vermischung beider Fragen und der Wahn, als ob jede Ediktalladung mit dem Rechtsnachtheil der Präklusion verbunden seyn müsse, hat der Wahrheit viel geschadet. Dass man mit dieser Präklusion allzu freigebig war, dass man sie oft gegen alles Recht eintreten liess, ist nicht zu leugnen, und ich selbst werde Fälle auszeichnen, wo sie nicht zu rechtfertigen ist; aber soll man dieses eines Fehlers wegen noch den zweiten begehen, und Ediktalladungen verbannen, wo sie nothwendig sind?

higkeit hat, ist der Wechselstrenge unterworfen. Niemand kann jenen Stand behalten und die daraus entspringenden Verbindlichkeiten durch einen Verzicht von sich abwälzen. Dieser Missbrauch sollte, wo er herrscht, baldmöglichst abgestellt werden.

Was nun die *erste* Frage angeht, *wenn findet Ediktalladung statt?* so scheint die Sache einfach; denn die Privatladung, welche dem Vorzuladenden allein bekannt gemacht wird, ist Regel, und unter der Ausnahme können nur jene Fälle stehen, wo der Zweck durch eine Privatladung nicht erreicht werden kann; dieses aber geschieht in zwei Fällen: 1) wenn die vorzuladende Person zwar bekannt, aber die Privatladung nicht möglich ist, entweder weil man ihren Aufenthaltsort nicht kennt, oder die ausländische Obrigkeit die Insinuation verweigert, oder die Kommunikation mit derselben z. B. durch Krieg unterbrochen ist; 2) wenn die vorzuladende Person selbst ungewiss und unbekannt ist. Man kann die Verschiedenheit beider Fälle in einem Beispiel erblicken, an welchem sich die Praxis noch täglich vergreift. Es stirbt Jemand mit Hinterlassung eines Testaments, dessen Intestaterben zur Testamentseröffnung vorgeladen werden sollen: sind diese selbst unbekannt und ungewiss, so tritt der zweite Grund einer Ediktalladung ein, ist aber die Person gewiss und nur ihr Aufenthalt unbekannt, so tritt der erste Grund ein; man bedenke nur, daß im letzten Falle die vorzuladende Person ge-

nannt werden muß, um sich von dem Unterschiede beider Fälle zu überzeugen.

Allein mit beiden Sätzen, so richtig sie an sich scheinen, ist die Sache noch nicht erschöpft, und daher kommen alle Anstände, daß die Doktrin, welche der Gesetzgebung eben so oft vorarbeiten als von ihr Licht erhalten muß, bei jenen Sätzen in der Allgemeinheit sich begnügte*) ohne jener Regel näher nachzuforschen, welcher der zweite Fall, wenn die vorzuladende Person selbst ungewiß ist, als Ausnahme gegen über steht.

Träte bei solchen Ediktalladungen, wie im ersten Falle nur eine andere *Insinuationsart* ein, so könnte man darüber gar nicht streiten; aber sie sind zugleich eine *Provokation* des Vorgeladenen zur Geltendmachung seines Rechts, folglich hängt ihre Zulässigkeit zugleich von der Befugniss zur Provokation, und selbst dieses noch unter einer ganz eigenthümlichen Rücksicht ab. Wenn auch die Aufforderung einer *bestimmten* Person zur Klage vom Gesetze (§. 7.) nicht erschwert werden darf, in-

*) Den Beweis liefern fast alle Kompendien und Kommentare über Civilrecht und Civilprozeß.

dem sie den Provokaten in keiner Rücksicht gefährdet, so kann man doch nicht leugnen, daß eine *allgemeine* Aufforderung an das Publikum den Betheiligten jene Sicherheit ihrer Rechte nicht gewährt, welche wir in der Privatladung finden. Der Bürger, welcher in einem individuellen Rechtsverhältniß zu einer bestimmten Person steht, muß darauf Rechnung machen können, daß er auch in seiner Individualität zur Vertheidigung seines Rechtes aufgerufen werde, und es muß höchste, durch unverkennbare Noth diktirte, Ausnahme seyn, wenn man denselben in die große Masse des Publikums versetzen und in dem Publikum zur Klage auffordern will. Selbst die Gesetze haben diese Wahrheit anerkannt durch das Gebot, auch in jenen Fällen, wo sie z. B. im Konkurse Ediktalladungen ausdrücklich zu lassen, die zu *den Akten bekannten* Gläubiger *besonders* vorzuladen. Diese Seite ist es, von welcher Ediktalladungen nicht als Provokationen allein, sondern als *öffentliche Provokationen unbenannter Personen*, beurtheilt werden müssen, und von welcher sie nicht bloß nach der Politik, sondern selbst dem Rechte nach in einem ganz andern Lichte erscheinen.

Die höhere oder geringere Vollkommenheit des Civilgesetzbuchs wirkt hierauf vielfach

ein. Besteht im Staate ein richtiges Hypothekensystem, sind daraus die stillschweigenden und privaten Hypotheken verschwunden, so kann es nur bekannte Hypothekengläubiger geben; und dann findet bei dem Erwerb einer unbeweglichen Sache eine Ediktalladung derselben nicht statt, deren man in einem Staate, dem ein richtiges Hypothekensystem mangelt, nicht entbehren kann. Sind Dokumente ohne Namen des Gläubigers (au Porteur) im Umlauf, so findet bei deren Verlust keine Ediktalladung statt, welche bei dem Verluste anderer auf einen bestimmten Gläubiger lautenden Urkunden rechtmässig ist.

Um nun den Entwurf von bestimmten Civilgesetzen und Rechtsinstituten unabhängig zu erhalten, führte ich (Num. I.) die drei Sätze an, aus welchen Ediktalladungen überhaupt gerechtfertiget werden, ich mußte jedoch bei dem Satze 3. einige darin enthaltenen Fälle, welche allgemeinere Gültigkeit haben, besonders auszeichnen, aber nicht als die einzigen Fälle, nicht ausschliessungsweise, sondern mehr als Beispiele, um zu zeigen, dafs es bei dem *Nichtwissen*, wer als der Betheiligte vorzuladen sey, nicht sowohl auf das *subjektive Nichtwissen* eines nachlässigen Hausvaters,

sondern vielmehr auf Umstände ankommt, nach deren Beschaffenheit sich das Nichtwissen *objektiv* rechtfertiget. Diesemnach ist es klar, daß der dritte Erwerber einer unbeweglichen Sache in Staaten ohne Publizität und Spezialisität der Hypotheken eine Ediktalladung der ihm rechtmässigerweise unbekannten Hypothekgläubiger verlangen kann; eben so rechtmässig ist eine Ediktalladung, wenn man bei Ausfertigung eines Lehenkonsenses nicht wissen kann, ob nicht Agnaten vorhanden sind.

Hier ist es nun, wo man der Streitfrage begegnet, *ob ein Schuldner auch ausser dem Konkurse eine Ediktalladung seiner Gläubiger verlangen könne?* jener Frage, welche von Speckner in der oben genannten Abhandlung untersucht und bejahend beantwortet hat. Will der Schuldner mit derselben keinen Rechtsnachtheil verbinden, so muß seine Bitte gewährt werden, und wirklich kann sie oft auch ohne Präjudiz die bezielte Wirkung hervorbringen, denn es liegt wohl in der Natur des Menschen, daß er dem Beispiele der Mehrzahl folgt, und kaum wird ein Gläubiger zurückbleiben, weil er, wenn gleich nichts an seinem Rechte, doch wenigstens an seiner Bezahlung, einen Nachtheil zu besorgen hätte.

Wenn hingegen der Schuldner mit der Ediktalladung einen Rechtsnachtheil zu verbinden verlangt, er bestehe in der Präklusion oder in der Beistimmung zum Beschlusse der anwesenden Gläubiger, so gewinnt die Sache ein anderes Ansehen, weil hierauf die oben ausgezeichnete Eigenschaft einer allgemeinen und öffentlichen Provokation, als höchster Ausnahme von der Regel einwirkt. Ein ordentlicher Hausvater kennt seinen Aktiv- und Passivstand, er stellt unzuverlässigen Personen und zu unbestimmten Zwecken keine Blankette aus, er bedarf also in der Regel der Ediktalladung seiner Gläubiger unter einem Rechtsnachtheile nicht, und der unordentliche Hausvater darf an die Gesetzgebung die Forderung nicht machen, daß sie seinen Unordnungen eine ausserordentliche, und viele rechtmässige Gläubiger gefährdende, Rechtshülfe gestatte. Der Regel nach darf also eine öffentliche Vorladung aller Gläubiger ausser dem Konkurse unter einem Rechtsnachtheil nicht bewilliget werden. Allein es sind allerdings rechtmässige Gründe zu Ausnahmen denkbar; schon die Auflösung einer Gesellschaft oder öffentlich bestandenen Handelsverbindung, welche dem Tode eines Menschen ähnlich ist, kann zum Beispiel dienen, und wenigstens den Rechtsnachtheil in

Aufhebung der Solidarverbindlichkeit oder in Befreiung eines Socius begründen, denn oft ist es dem ordentlichsten Handelsgesellschafter nicht möglich zu wissen, was sein Kompagnon hinter seinem Rücken gethan hat, oder durch erdichtete frühere Daten erst nach aufgelöster Verbindung zu seinem Nachtheil unternehmen könnte. Eine weitere Ausnahme können besondere Unglücksfälle begründen, wozu die traurigen Ereignisse zu *Stadtamhof* (1809.) und *Moskau* (1812.) die Belegen liefern; da hat die verheerende Kriegsflamme alle Handelsbücher, alle Korrespondenzen, alle Aufzeichnungen vernichtet, und ein unabwendbarer höherer Zufall (objektiv) auch dem ordentlichsten Hausvater die Mittel zur Angabe seiner Gläubiger entrissen, und unter solchen Umständen wäre selbst eine Ediktalladung mit dem Rechtsnachtheil der Präklusion gerechtfertiget.

Dafs übrigens mit jeder Ediktalladung unbekannter Personen eine Privatladung der bekannten Betheiligten verbunden seyn muß, folgt schon aus dem allgemeinen Satze, dafs eine Ediktalladung nur da eintritt, wo eine Privatladung den Zweck nicht erreicht.

Von gleicher Wichtigkeit ist (Num. II.) die Bestimmung des *Rechtsnachtheils*, welcher

mit einer Edikalladung zu verbinden ist, und auch in diesem Punkte finden sich in den Gesetzen und der Praxis bedeutende Mängel. Der Rechtsnachtheil muß sich nach den Fällen, Gründen und Zwecken richten, worin, weshalb und wofür die Edikalladung verlangt werden kann, daher so verschieden seyn als diese sind. Nicht überall kann eine Erlöschung des Anspruchs angedroht werden, und bald wirkt hierauf das Civilgesetzbuch z. B. bei Verschollenen, bei Erbschaften, bei abhanden gekommenen Schuldbriefen, bald das Prozeßgesetzbuch z. B. bei einem abwesenden zur Beantwortung der Klage vorgeladenen Beklagten ein. Ueberhaupt muß die höchste Einschränkung des Rechtsnachtheils zur Regel gemacht werden, und man begegnet, besonders in den Civilgesetzbüchern, gewaltigen Fehlern. Ist es nicht eine grofse Uebertreibung, daß die unbekannten Intestaterben zur Testamentseröffnung *sub poena agniti testamenti* vorgeladen werden? wenn das Testament zum Vollzuge kommt, wenn sie künftig gleich Verschollenen (denen sie sehr gleich kommen) die Erbschaft nur noch in dem Stande, wie sie dieselbe bei dem Erben antreffen, fordern können, so ist der Zweck erreicht, folglich die Erlöschung ihrer Einsprüche gegen das Testa-

ment ein übertriebenes Präjudiz. Wenn unbekannte Intestaterben bei der Intestatfolge vorgeladen werden, so genügt es, daß den nächsten Verwandten, welche sich gemeldet haben, die Erbschaft ausgehändigt werde, aber so wenig als im vorigen Falle ist die gänzliche Erlöschung des Anspruchs nothwendig, also auch nicht gerecht. Die Rechtswohlthat des Inventars bringt die Wirkung hervor, daß der Erbe nur nach den Kräften des Inventars, und bei vertheilter Erbschaft bloß nach dem erhaltenen Antheil für die Schulden des Erblassers hafte: was sollte bei dieser Rechtswohlthat zur Androhung der Präklusion wider die Gläubiger berechtigen? Wenn bei dem Kaufe einer unbeweglichen Sache lediglich die Freiheit von unbekannten Hypotheken durch eine Ediktalladung bezweckt wird, so ist die Erlöschung des Hypothekenrechts auf diese Sache, oder nichts weiteres, gerecht. Hiernach könne die bei Num. II. gemachten Vorschläge verbessert werden.

Mancher glaubt vielleicht, in diesen Bemerkungen einen Widerspruch mit dem zu finden, was ich oben (§. 7.) über Provokationen zur Klage sagte; allein von diesen gilt kein durchgreifender Schluß auf Ediktalladun-

gen, welche nicht so, wie eine durch Privatladungen erfolgte Provokation die Aufmerksamkeit des Provokaten bestimmt erwecken, nicht so, wie diese, demselben Gelegenheit geben, sich gegen die Aufforderung selbst zu vertheidigen, und eben deswegen in vielen Fällen eine Restitution gegen unbekannt gebliebene Ediktalladungen veranlassen, deren Folgen man im voraus durch eine Beschränkung des Rechtsnachtheils auf den geringsten Grad begegnen muß. Mögen daher diese Winke auch bei dem Civilgesetzbuche benützt werden, damit beide Theile der Civillegislation in vollendetem Einklange stehen!

Ueber die Termine und Verbreitung der Ediktalladungen (Num. III. u. IV.) denen man die höchste relative Publizität geben muß, ist nichts zu bemerken. Was die letzte Bestimmung (Num. V.) angeht, so ist zu erwägen, daß jede Ediktalladung nur auf der *Wahrscheinlichkeit* ihrer Bekanntwerdung hinsichtlich des Betheiligten beruhet, welche der *Gewissheit* des Gegentheils weichen muß. Uebertreibung ist in der Legislation, wie im Leben, die Grenze zwischen Tugend und Fehler. Die Ediktalladung erfüllt zwar von der einen Seite Alles, was nach den Umständen gesche-

hen konnte, um auf diesem Wege die Ladung zur Kenntniß des Betheiligten zu bringen, er kann also nicht fordern, daß man gegen alle Wahrscheinlichkeit bis zum Ablauf der langen Verjährungszeit mit allen Veränderungen einhalte; auf der andern Seite wäre es aber zu hart, wenn der Betheiligte, ungeachtet ihm die Ladung unbekannt blieb, für immer seines Rechts ganz verlustiget bleiben sollte; selbst ungerecht wäre dieses nach dem Grunde der Kontumazialfolgen (§. 15.) und in der Betrachtung, daß kein Bürger nach strengem Rechte für verbunden geachtet werden kann, jene Blätter zu lesen und mit Aufmerksamkeit zu lesen, worin dergleichen öffentliche Bekanntmachungen gewöhnlich zum Eckel des neugierigen Lesers als Lückenbüßer stehen. Beide Rücksichten sind ausgeglichen durch die Bestimmung, daß der Betheiligte, welchem erweislich (durch Eid) die Ediktalladung nicht bekannt wurde, sein Recht ohne Rückwirkung auf eingetretene Veränderungen noch soweit geltend macht, als es der gegenwärtige Zustand der Sache erlaubt; er kann also veräußerte Sachen nicht mehr reklamiren, und selbst den Werth z. B. vom Erben nur insoweit, als dieser sich noch dadurch bereichert findet, zurückfordern, wegen zu Grund gegangener

Sachen, wenn auch der Erbe dabei eine Fahrlässigkeit begieng, keinen Ersatz fordern, auf die inzwischen verfallenen Früchte keinen Anspruch machen. Wie ferne die *Verjährung* das Klagerecht ganz aufhebe, ist blos nach dem Civilgesetzbuch zu bemessen, und bedurfte hier, wo blos die Ediktalladung als wirkende Ursache zu betrachten war, keiner Erwähnung.

§. 19.

2) *Urtheile.*

Ueber Urtheile im Prozesse sind allgemeine Bestimmungen nothwendig, weil sie bei allen Prozefsarten und oft mitten im Laufe eines Rechtsstreits vorkommen. Was die Form derselben angehet, ist dem folgenden Kapitel, und was ihre Wirkung samt den Rechtsmitteln betrifft, dem vierten Buche vorbehalten worden.

Zuerst steht der Begriff und die Eintheilung (Num. 1.) der Urtheile; der gemischten Interlokute konnte nicht gedacht werden, weil der Entwurf die Beweisantretung mit den ersten Verhandlungen verbinden läßt, also kein Beweisinterlokut kennt.

Das Gebot, allen Urtheilen die Entscheidungsgründe beizusetzen (Num. 2.) ist von

höchster Wichtigkeit und verdient die Aufmerksamkeit aller Regierungen. Es bewahrt die Partheien gegen Urtheile aus dem Stegreif oder nach platter Willkühr, es erhält das Vertrauen der Unterthanen zu den Gerichten, es sichert diese gegen ungegründete Klagen über Ungerechtigkeit, es beugt der Prozeßsucht wenigstens in der höheren Instanz vor, selbst Legislation und Doktrin gewinnen durch die Urtheile, wenn die Entscheidungsgründe mit Bündigkeit und fruchtbarer Gelehrsamkeit abgefaßt und dann wenigstens die Urtheile der Obergerichte in zweckmässiger Sammlung öffentlich bekannt gemacht *) werden.

Weitschweifigkeit und affektirte Gelehrsamkeit ist überall Fehler, besonders bei Urtheilen; auch die Entscheidungsgründe sollen kurz und bündig abgefaßt seyn. Niemals aber würde ich den Gerichten rathen, die Entscheidungsgründe in Strafsachen umfassender, in bürgerlichen Rechtssachen aber kürzer auszuarbeiten; vielleicht wäre der Satz, wenn doch

*) Hierüber und über das Verhältniß der Jurisprudenz zur Doktrin und Legislation, vergl. *mein Archiv für Gesetzgebung* Bd. III. N. XV. S. 202.

zwischen beiden ein Unterschied seyn soll, umgekehrt wahr, da in der Regel die Civilsachen dem Faktum und dem Rechte nach weit mannichfaltigere und feinere Schattirungen haben, als die Strafsachen, und da in Civilsachen weit mehr als in Strafsachen die Kenntniß der Entscheidungsgründe den Betheiligten auch in subjektiver Hinsicht interessant ist. Die *französischen Gerichte* (*et in hoste laudanda virtus*) sind in diesem Fache Meister und können uns zum Vorbilde *) dienen. Mit Umgehung aller auf die Entscheidung nicht einwirkenden Umstände erzählen sie das Faktum gleichsam in juristischer Abstraktion; sie fixiren dann den Streitpunkt, der entweder in einem streitigen Faktum oder in einer streitigen Beurtheilung desselben oder in einer streitigen Rechtsfrage besteht, und hierauf folgen die Entscheidungsgründe, in welchen sich überall das edle Streben

*) Schätzbare Werke sind: a) *Jurisprudence du Code Civil* (par une société des Avocats) 15 Bände in 8. seit 1804. und b) *Mauguin Bibliothéque du Barreau*, und c) *Sirey Journal général des lois et des arrêts*. Um sie in Deutschland bekannter zu machen, habe ich in *meinem Archive f. d. Gesetzgebung* die wichtigeren Entscheidungen mitgetheilt.

ben ausdrückt, das Gesetz in seinem wahren Geiste aufzufassen, diesen bündig darzustellen und richtig anzuwenden. Nicht bloß zum Vortheil der Partheien, sondern selbst zum Nutzen der Doktrin und Legislation wünsche ich allen Entscheidungsgründen deutscher Gerichtshöfe diesen Grad von Vollkommenheit und jedem teutschen Staate eine Sammlung mit guter Auswahl, damit das Gesetz durch Doktrin und Jurisprudenz stets neues Leben erhalte, der Gesetzgeber über die Jurisprudenz wache, und der Kampf zwischen der Schule und den Gerichten verschwinde. Zum Theil haben mich diese Betrachtungen bestimmt, den Obergerichten das allgemeine Beziehen auf die Entscheidungsgründe der Untergerichte zu verbiethen. Als Obergerichte sollen sie auch Meister in der Kunst seyn, Entscheidungsgründe abzufassen, und durch sie sollen belehrende Muster geliefert werden.

Zur Abkürzung der Prozesse wurde (N. 3.) harmonisch mit andern Bestimmungen (Kap. I. §. 4.) verordnet, daß alles, was zur Entscheidung reif ist, in einem Urtheil entschieden werde, welches auch bei den Streitkosten (Num. 4.) zu beobachten ist:

Die Art der Urtheilspublikation (Num. 5.) mußte ich von einer bisher regellosen Willkühr befreien, und nach drei Abstufungen auf eine feste, sich von selbst rechtfertigende Weise vorzeichnen.

§. 20.

Strafen.

Im Prozesse kann von Partheien und Anwälten zum Verschleife der Justiz vielfacher Unfug getrieben werden, und in der Prozeß-legislation sind Strafen gegen dergleichen Mißbräuche unentbehrlich. Uebertriebene Strafen, z. B. Entziehung der Glaubwürdigkeit gegen böses Lügen, besonders wenn sie über die Grenzen eines Rechtsstreits hinaus in das bürgerliche Leben treten sollen, sind, wo nicht ungerecht, doch unzweckmässig. Geldstrafen sind am passendsten, und wenn sie auch bei armen Partheien nicht angewendet werden können, so muß man erwägen, daß diese nach den Bestimmungen vom Armenrecht (Kap. III. §. 15.) selten in den Fall einer solchen Strafe kommen.

So nothwendig indessen die Strafen sind, so behutsam und schonend müssen die Gerichte, vorzüglich gegen Partheien, deren Rechts-

sachen von Anwälten vertreten werden, in der Anwendung zu Werk gehen. Offenbare Chicane, Verdrehung, Justizverschleifung besonders durch Mißbrauch der Rechtsmittel gegen Urtheile, verdient keine Nachsicht; aber die Gerichte sollen auch nicht jeden *unbefugten* Antrag mit einer Chicane verwechseln, denn eine Parthei muß ja doch Unrecht haben, die ausübende Gerechtigkeit in Civilsachen soll nicht stäts die Zuchtruthe vorhalten, und durch allzu frequente Strafen die Partheien von ihrer Vertheidigung abschrecken. Ohnehin ist es eine anerkannte Wahrheit, daß zu sehr gehäufte Strafen ihren Zweck verfehlen, und die Justiz, besonders wo die Strafgeelder als *Fructus Jurisdictionis* in die Kasse eines Privaten fallen, bei dem Unterthan in ein zweideutiges Licht stellen.

Succumbenzgelder sind nur bei der obersten Instanz und mit der Mässigung angeordnet, daß sie nach dem Urtheil über die Hauptbeschwerde bemessen werden. Den Gerichten zweiter Instanz ist hierdurch das Recht nicht entzogen, bei frevelhaften Appellationen angemessene Strafen wider den Appellanten oder dessen Anwalt zu verhängen. Ohnehin ist die hier festgesetzte *Ordnungsstrafe* nur für klei-

nere Fehler, indem der wichtigeren halber eine höhere Strafe von 5. bis 50. Gulden schon oben (Kap. III. §. 12.) zugelassen ist.

§. 21.

Endigung des Streits.

a) Durch Verzicht, Kompromiss und Vergleich.

Theils um den Glauben zu entfernen, daß der unbeerbte Tod eines Menschen dessen Aktivprozesse gegen Andere endige, theils um die unnöthigen Aufzüge mit Reassumption des Prozesses zu vermeiden, mußte bestimmt werden, daß die Erben und Nachfolger einer Parthei kraft des Gesetzes an die Stelle ihres Erblasers oder Vorfahrers in den Prozeß nach seiner gegenwärtigen Lage eintreten. Es blieben also nur die benannten Endigungsarten nebst der Verjährung übrig. Vom Kompromisse ist oben (Kap. II. §. 31.) gehandelt worden, die Lehre vom Transakt gehört in das Civilgesetzbuch, die Wirkungen des Verzichtes auf den Streit erhielten hier ihre Bestimmung.

§. 22.

b) Durch Verjährung.

Gegen einen wirklich anhängigen Rechtsstreit (§. 9.) behielt ich die bisher gesetzliche vierzigjährige Verjährung bei. Wurde aber

nur die Verjährung durch gerichtliche Interpellation ohne eigentliche Litispending unterbrochen, so hielt ich eine Hinweisung auf das Civilgesetzbuch für angemessen, in welchem die Lehre von der Verjährung überhaupt einheimisch ist.

Sechstes Kapitel.

Von der Form der gerichtlichen Handlungen.

§. 1.

Sprache.

Die *Förmlichkeiten des Verfahrens*, welche sich mehr auf den bedächtlichen Gang der Verhandlungen selbst zur gründlichen Vertheidigung und höheren Sicherstellung des Rechts beziehen, und welche *Montesquieu* die *Ver-
schanzungen gegen Willkühr und Despotismus* der Richter nennt, unterscheiden sich von der *Form der Handlungen* als Gegenstand dieses Kapitels, und manches von dessen Inhalt könnte für *reglementair* angesehen werden. Allein man bedenke, daß die im Prozesse vorkommenden Handlungen, und in gleicher Art die

bei Gericht zu behandelnden unstreitigen Rechtsgeschäfte (welche dem fünften Buche vorbehalten blieben) eine *bestimmte Form* an sich tragen, daß diese Formen der Würde des Gerichts angemessen, dem Zwecke jeder Handlung entsprechend, und bei allen Gerichten desselben Landes gleichförmig seyn müssen, und man wird sich bald überzeugen, daß manche Bestimmungen über die Form auf eine Stelle im Gesetzbuch Anspruch haben. Mit Enthaltksamkeit von Allem, was bloß reglementair oder von Lokalverhältnissen abhängig seyn dürfte, suchte ich im gegenwärtigen Kapitel die Hauptbestimmungen zusammen zu fassen. Daß die bisherigen Formen oft zu schwerfällig waren, oft sich von den Sprachregeln ohne Noth entfernten, daß sie bei den meisten Gerichten einer Abkürzung und Reinigung *) bedürfen, wer möchte dieses bezweifeln? Allein dieses ist nicht Sache der Gesetz-

*) Wer sich davon überzeugen will, braucht nicht einmal Gerichtsakten zu lesen; die mit unnützer Weitschweifigkeit verfaßten Ediktalladungen haben längst jeden Zeitungsleser überzeugt. Sie sind schon so oft und laut kritisirt worden, und doch wird es nicht besser. Die Zeit hat vielen Rost angesetzt!

gebung, sondern mehr Gegenstand der Instruktion, und ein *Formularbuch*, welches die Wesenheiten jeder Ausfertigung oder Handlung mit Geschmack ohne übertriebene Neuerungs-sucht verbände, wäre unstreitig ein verdienstliches Unternehmen.

Mit Bestimmungen über die *Sprache* machte ich den Anfang, und gieng nach dem Beispiel aller Staaten von dem Satze aus, daß gerichtliche Handlungen in der *Landessprache* geführt werden müssen.

§. 2.

Format und Stempel.

Ueber *Stempel*, den wir beinahe in allen Staaten antreffen, mußte ich auf die Stempelordnung verweisen. Die Bestimmung, wer ausser den armen Partheien vom Stempel frei ist, gehört zu administrativen Verordnungen. Auch in Ansehung des *Formats* habe ich mich auf die an jedem Orte übliche Form bezogen. Selbst die Grösse des Papiers ist nicht überall gleich, und manche Punkte, z. B. die Art des Zusammenlegens, der Platz der Aufschrift u. d. gehören einem Reglement an.

§. 3.

Gerichtsakten überhaupt.

Mehr als reglementair sind die Bestimmungen über Gerichtsakten, einige wirken sichtbar auf das Rechtsverhältniß der Partheien ein. Mit dem *Präsentatum* (Num. 1.) fange ich an, weil hiernach die Einhaltung des Termins zu beurtheilen *) ist. Hierauf folgen (Num. 2. u. 3.) die Vorschriften über Ordnung und Sammlung der Akten. Ihre Aufbewahrung habe ich als Gegenstand der Instruktion für die Registratur übergangen. Die zu jedem Aktenbunde vorgeschriebene Aktendesignation war schon längst in vielen Ländern üblich, auch trägt sie zur Ordnung vieles bei. Vom Heften der Akten wurde nichts gemeldet; es hat wegen der Sicherheit gegen Verlust einzelner Stücke und gegen Unordnung entschiedene Vorzüge, und die kleine Unbequemlichkeit im Arbeiten bringe ich dagegen nicht in Anschlag, denn der Schreibtisch des Geschäfts-

*) Die Frage, wer beweisen muß, daß die Schrift zur rechten Zeit übergeben worden, wenn bei Gericht das Präsentatum vergessen würde, ist beantwortet im Handb. B.I. Abh. IX. §. 8.

manns ist keine Toilette und der Justizmann darf vor einem Folianten nicht erschrecken; bloß als reglementairen Gegenstand habe ich dasselbe umgangen.

Desto nothwendiger war es, über Wiederherstellung verlornen Gerichtsakten genauere Bestimmungen zu geben. Die neuesten Ereignisse, wo die Länderabtretungen so frequent wurden, und insbesondere die unverantwortliche Ausleerung der Reichs - Justizarchive, deren Akten noch in namenloser Verwirrung in Frankreich zerstreut liegen, machen in unsern Tagen genaue Bestimmungen über Reintegrirung der Akten zum hohen Bedürfnis.

§. 4.

Von Prozessschriften.

In einem jeden Rechtsstreit nehmen die Prozessschriften der Partheien eine so bedeutende Stelle ein, daß kein Gesetzbuch diese mit Stillschweigen vorübergehen darf.

Sie werden in die Form eines Gesuches an das Gericht (N. 1.) eingekleidet, wodurch jedoch der Bitte an ihrer juristischen Eigenschaft eines rechtlichen Antrags nichts entgeht, auch die Darstellung in ihrer Tendenz zur Be-

gründung jener rechtlichen Forderung nicht verändert wird. Dafs die Anredeformel (Titulatur) nicht an die Gerichtspersonen, sondern an das Gericht selbst einfacher und zweckmäßiger sey, ist heutzutag allgemein anerkannt. Nach dem Gerichte mit Rücksicht auf das Verhältniß des Unterzeichnenden richtet sich auch die Submissionsformel bei der Unterschrift. Ob die Schrift auf den Namen der Parthei oder ihres Anwalts abgefaßt wird, ist gleichgültig.

Dafs jede Prozeßschrift samt Beilagen in *duplo* (N. 2.) übergeben werde, ist nothwendig, damit ein Exemplar bei den Akten bleibt und die Akten vollständig in der Registratur aufbewahrt werden. Eine Streitsache lebt oft nach vielen Jahren, selbst nach der Entscheidung durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf. Privatpersonen können selten ihre Manualakten gut verwahren, oft kommen diese bei Sterbfällen u. d. in unrechte unbekannte Hände, oft gehen sie gar verlohren. Wo wäre eine Hülfe, wenn nicht bei Gericht die vollständigen Akten aufbewahrt würden?

Bei der Form der Prozeßschriften (N. 3.) erkenne ich keinen Unterschied der Partheien,

und der Vorzug, daß in manchen Ländern Personen höheren Standes ihre Prozeßschriften in Briefform versiegelt übergeben dürfen, ist bloß eingebildet, unanwendbar bei Schriften von größerem Umfange und schädlich für die Akten wegen des spanischen Lacks.

Der übrige Inhalt rechtfertigt sich von selbst, nur kann die Bestimmung des N. 9. über Strafen, als eine Folge der schon an einem andern Orte gegebenen allgemeinen Bestimmungen gestrichen werden.

§. 5.

Von Protokollen.

Der Gegenstand wurde nach allgemein anerkannten Sätzen regulirt und bedarf keiner Erläuterung.

§. 6.

Kommunikation der richterlichen Behörden untereinander.

Einhaltung der Grenze zwischen Gesetz und Reglement erlaubte nicht mehr und nicht weniger zu sagen. In dreifachem Verhältniß können die Behörden unter sich gedacht werden, Behörden von *gleichem* Verhältniß z. B. ein Appellationsgericht gegen das andere oder

gegen ein Kreisamt korrespondiren in Form von *Schreiben*, Behörden von *höherem* Range kommuniziren mit Unterbehörden in Form von *Befehlen*, und diese mit jenen in Form von *Berichten*. Sollten durch diese Form zwischen Civilgerichten und administrativen Gerichten Kollisionen zu befürchten seyn, wenn z. B. ein Kreisamt, das mit den Appellationsgerichten in einer Linie steht, von dem Oberappellationsgerichte keinen Befehl annehmen will, weil es diesem nicht untergeordnet ist, so kann der Weg durch die geeigneten Ministerien oder durch Auftrag an ein Gericht gleichen Rangs zur Kommunikation in Form eines Schreibens eingeschlagen werden.

§. 7.

Kommunikationen der Gerichte an die Partheien.

Mit den Partheien kommuniziren die Gerichte (N. 1.) nach Verschiedenheit des Standes in Form eines *Rescripts* oder einer *Signatur*. Das nähere dieser beiden Formen beruhet auf Reglements. Wichtiger ist die Bestimmung (N. 2.), daß die Untergerichte blos den *Amtsnamen* vorsetzen, wogegen die Obergerichte „*im Namen des Regenten*“ ausfertigen. Ohne Unterschied des Standes werden (N. 3.) alle Partheien in der dritten Person eingeführt.

Das Prädikat „*Herr*“ mußte dabei besonders regulirt werden. Bei den Obergerichten, welche im Namen des Regenten ausfertigen, kann diese Auszeichnung nur Wenigen zu Theil werden; die mediatisirten Fürsten und Grafen haben vermöge aller landesherrlichen Deklarationen diese Begünstigung erhalten. Konsequent schien es mir, sie auf alle Personen zu erstrecken, welchen ein *privilegirter Gerichtsstand* zukommt. Bei den Untergerichten (Num. 4. wo ich den Eingang als Wiederholung des Num. 2. zu streichen bitte) erhalten alle Personen von *Adel*, die *Staatsdiener*, wohin auch die *Geistlichen* aller Konfessionen, so wie die *Offiziers* gehören, das Prädikat Herr.

Wichtig, nicht blos für die Form, ist (Num. 5.) die Bestimmung, daß alle gerichtliche Ausfertigungen das *Datum des Beschlusses*, nicht aber das Datum der *Ausfertigung* erhalten sollen. Nicht immer kann ein Beschluss bald genug ausgefertigt werden, oft kommt noch zwischen beiden Momenten eine Schrift ein, und die Parthei wüßte nach dem Tage der *Ausfertigung* nicht, ob bei der Schlussfassung ihre neueste Vorstellung berücksichtigt wurde; manche vergebliche Be-

schwerde könnte dadurch veranlaßt werden, welcher die gegebene Vorschrift begegnet.

§. 8.

Von Urtheilen und Entscheidungsgründen.

Eine Vergleichung mit dem §. 19. des vorhergehenden Kapitels zeigt, daß hier ohne Wiederholung nur die *Form* der Urtheile und Entscheidungsgründe bestimmt wurde. Die Formel ist einfach, würdig und ernst, wie es einem Urtheil ziemt, entkleidet von allen überflüssigen Eingängen. Wozu sollte die alte Formel der Juristenfakultäten dienen: auf Klage, Antwort und übrige Schriftsätze u.d. : versteht sich nicht der Aktenschluß vor dem Urtheil kraft des Gesetzes? oder was soll die Formel mancher Gerichte sagen: „Im Namen etc. hat sich das Appellationsgericht in Sache etc. schriftlichen umständlichen Vortrag erstatten lassen, und will hiemit zu Recht erkannt haben „als ob sich der schriftliche Vortrag, wenn ihn das Reglement fordert, nicht von selbst verstünde? warum setzt man, wenn man solche Umschweife liebt, nicht auch hinein, ob das Urtheil einhellig oder durch Stimmenmehrheit beschlossen wurde? Meine Formel ist überall einfach, bei Obergerichten mit dem Vorsatz „im Namen des Re-

genten erkennt das N. Appellationsgericht in Sache N. zu Recht etc. „Aller Ueberfluß ist hier schädlich.

Die Aufdrückung des Gerichtssiegels auf Urtheilen fordert die Wichtigkeit eines jeden Erkenntnisses, die Glaubwürdigkeit der gerichtlichen Handlungen, welche die Partheien aus den Unterschriften der Gerichtspersonen allein nicht beurtheilen können, und auch die Betrachtung, daß wenn ein Urtheil mit Entscheidungsgründen aus mehr als einem Bogen bestehet, diese zusammengeheftet, und eben deswegen die Enden des Heftfadens durch das aufgedrückte Gerichtssiegel befestiget werden müssen. Der übrige Inhalt bedarf keiner Rechtfertigung.

Drukfehler.

- | | | |
|-------|-------|-----------------------------------|
| S. 5. | Z. 4. | von unten liefs: warum man |
| - 9. | — 5. | liefs: worin ein Gericht |
| - - | — 13. | liefs: ziehen |
| - - | — 16. | streiche das komma nach so |
| - 12. | — 10. | streiche <i>im</i> Gesetzbuch weg |
| - - | — 12. | liefs: Personenrecht |
| - 14. | — 18. | liefs: pignoratita. |
-



Verzeichniß einiger Bücher, welche beim Verleger dieses Buches erschienen sind.

Geigers u. Glücks merkwürdige Rechtsfälle u. Abhandlungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, mit beigefügten Urtheilen und Gutachten der Erlang. Juristenfakultät, 3 Thle, gr. 8. 1792 — 806. 3 fl 42 kr
oder 2 Rth. 10 gr.

Glücks, C. F., ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, ein Kommentar, 1ter bis 16ter Bd. gr. 8.
Jeder Bd. 2 fl 24 kr oder 1 Rth. 12 gr.

— — hermenevtisch - system. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des ältern u. neuern Rechts, als erster Beitrag zu dessen Kommentar, gr. 8. 803. 2 fl oder 1 Rth 8 gr.

— — Einleitung in das Studium des röm. Privatrechts zur Berichtigung und Ergänzung des 1ten Bandes des Pandektenkommentars, oder zweiter Beitrag, gr. 8. 1812. 2 fl 45 kr oder 1 Rth. 20 gr.

— — opuscula juridica, 4 fasciculi, gr. 8. 1785. 4 fl 30 kr oder 3 Rth.

Gönners, N. T., Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände, 4 Theile, 2te verbess. Aufl. gr. 8. 804. 12 fl 30 kr oder 8 Rth. 8 gr.

— — Entwicklung des Begriffs und der rechtl. Verhältnisse deutscher Staatsrechtsdienstbarkeiten, gr. 8. 800. 54 kr oder 14 gr.

— — Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen, 1r Bd. das Gesetzbuch enth. gr. 8. 3 fl 15 kr oder 2 Rth. 4 gr.

— — desselben 2r Bd. die Motive enth., 1ste Abth. gr. 8. 2 fl 55 kr oder 1 Rth. 12 gr.

— — Beiträge zur neuen bürgerlichen Gesetzgebung in den Staaten des deutschen Bundes, 1te Abtheil. enth. Vom Bedürfnis einer neuen Gesetzgebung in unsrer Zeit, 8.



Gönner, Nikolaus Thaddäus,

Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen
Rechtssachen

Bd.: 2,1

1815

Bamberg, Staatsbibliothek -- RB.J.c.o.38(1#2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11769421-6